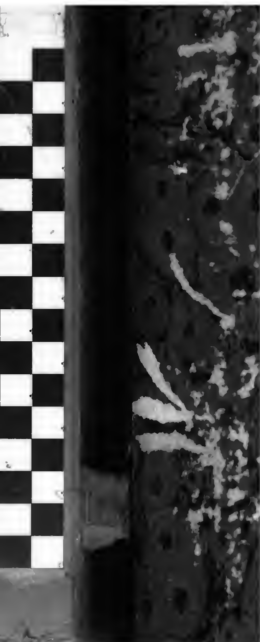
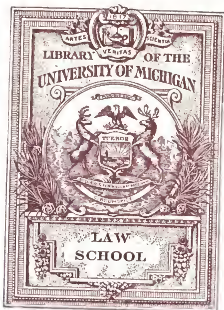







1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL

Der Jurist,

eine

Zeitschrift

vorzüglich

für die Praxis des gesammten österr. Rechtes,

unter Mitwirkung

der nach ihrem Eintritte gereihten Herren: J. Kitka, k. k. Appellationsrathes; A. Weixelbaum, Civilgerichtsrathes; Dr. E. A. Megerle v. Mühlfeld, Hof- und Gerichtsadv.; Dr. A. Dierl, Decanes der jur. Fac., Hof- und Gerichtsadv. und k. k. Notars; Dr. Fr. Kaleffa, Actuars der k. k Hofkammerproc.; Dr. L. Mayer v. Alsó-Rusbach, Conc. Beamten der k. k. Hofkammerproc.; Dr. J. Kompaß, Landes u. Bergger. Adv. u. k. k. Notars; Dr. J. Ellinger, Conc. Beamten der k. k. Hofkammerproc.; Dr. Fr. K. Prockner, k. k. Prof. d. R.; K. Gottmann, Civilgerichtsrathes; J. Krauß, Civilgerichtsrathes; Dr. J. Blaschke, k. k. Prof. d. R.; Fr. X. Nippel, k. k. Appellationsrathes; Dr. Phil. Ritter v. Mannagetta, k. k. Appell.-Rathes; J. Kopetzky, Civilgerichtsrathes; Dr. J. Söllner, k. k. Rittm. Auditors; Dr. K. Reich, Adj. der k. k. Hofkammerproc.; Dr. K. Schindler, k. k. Bergrathes; M. Damianitsch, k. k. Hauptm. Aud.; Dr. J. Stieger, Hof- u. Ger.-Adv.; Dr. J. Edl. v. Würth; Dr. C. F. Richter, Landesadv.; Dr. J. Jugschwerdt; J. Turnes, Syndicus; Dr. J. A. Menzel; Dr. A. Lekisch, Dr. C. Helm, k. k. Cam. Bez. Commissärs; J. Freudenreich, Pflegers; Dr. W. Prohaska, k. k. Fisc. Adjuncten; Dr. J. Hoffbauer, Hof- u. Ger.-Adv.; Dr. J. Berger; Dr. Heyßler, suppl. Prof. d. R.; E. Krenn, Crim. Actuars; W. Frühwald; Dr. L. Schirstl u. s. f.

Herausgegeben

von

Ignaz Wildner Edlen von Maithstein,

Indigena von Ungarn, Doctor der Rechte, Mitgliede der Juristen-Facultät, Hof- und Gerichtsadvocaten in Wien, und gewes. suppl. Professor des gerichtlichen Verfahrens, des Lehen-, Handels- und Wechselrechtes.

Zehnter Band.

Wien, 1843.

Bey Braumüller und Seidel.

Sparcassegebäude.

Inhalt zum X. Bande 1. Heft.

(Zug. zu. 11 Band)

I. Abhandlungen.

II. Recension.

III. Beylage.

Inhalt zum X. Bande 2. Heft.

I. Abhandlungen.

Seite

II. Particular-Entscheidungen.

III. Beylage.

Inhalt zum X. Bande 3. Heft.

I. Abhandlungen.

II. Recension.

III. Beylage.

Ueber die

Geltendmachung

der Rechte der Gläubiger auf ein, erst nach der Beendigung eines Concurses entdecktes, aber schon während der Concursverhandlung vorhanden gewesenes, jedoch unbekannt gebliebenes, sohin zur Concursmassa nicht eingezogenes Vermögen.

Von

Herrn Dr. F. K. Prockner,
k. k. Professor der Rechte.

Ueber einen, diesem ähnlichen, Gegenstand haben die Herren Professoren Horak [1]) und Haimerl [2]) sehr umfassende Abhandlungen geschrieben. Während der Erstere zu zeigen sich bestrebt, daß ein erst während der Dauer, oder nach der Beendigung eines Concurses entdecktes, früher verschwiegenes, so wie ein von dem Cridatar erst neu erworbenes Vermögen zur Concursmassa gehöre, weil selbst nach der Beendigung eines Concurses, wenn noch unbefriedigte Concursgläubiger vorhanden sind, der cridamäßige Zustand des Schuldners fortdauere, somit zunächst zur Befriedigung dieser Gläubiger auf concursmäßige Art verwendet werden müsse, so

[1]) Über die Frage, was zu geschehen habe, wenn nach eröffnetem Concurse ein verschwiegenes oder neu erworbenes Vermögen des Cridatars sich zeigt?

[2]) Beytrag zur Erörterung der Frage, ob die Concursgläubiger als solche auf das nach beendigtem Concurse neu erworbene Vermögen des Schuldners ein Vorrecht haben.

behauptet der Letztere, daß auf ein verschwiegenes oder neu erworbenes Vermögen die Concursgläubiger nur dann einen ausschließenden Anspruch haben, wenn das Verschwiegene noch während der Dauer der Concursverhandlung entdeckt, oder während dieser Zeit erst erworben wurde, keineswegs aber auf ein, erst nach der Beendigung des Concurses entdecktes, oder von dem (gewesenen) Cridatar neu erworbenes Vermögen. So würde die Entscheidung Beyder auch dann seyn, wenn zwar ein vor oder während des Concurses dem Schuldner zugekommenes, aber ihm, so wie dem Concursgerichte unbekannt gebliebenes — nicht gerade geflissentlich verschwiegenes — Vermögen nach Beendigung des Concurses zum Vorschein käme. So überzeugt ich bin, daß die Ansicht des Hrn. Professors Haimerl die richtige sey, so ist nichts destoweniger die Praxis noch einig, so wie ich auch weiß, daß sich dießfalls die Theoretiker nicht minder in zwey schrof gegenüberstehende Partheyen theilen. Obgleich mir nach der Ausführung des Hrn. Professors Haimerl wenig erübriget, über die Vorlage meiner Aufgabe mich zu verbreiten, so will ich doch auch versuchen, ein Schärflein zur Schlichtung dieser angeregten Controverse beyzutragen.

Wenn in den Gesetzen die Rede ist vom Concurse, von Concursgläubigern, Concursmassa (oder Vermögen), von einer Concursbehörde (Instanz) u. s. w., so finden wir in den Gesetzen keine Begriffe hievon angegeben, sie werden also schon als, aus der Natur der Sache von selbst sich ergebend, bekannt vorausgesetzt. — Berücksichtigen wir mehrere Gläubiger, deren jeder für sich, unaufgefordert, wenn auch gleichzeitig mit anderen, einen Proceß wegen seiner Forderung gegen einen und den nähmlichen Schuldner anhängig macht, so geht ihre Absicht dahin, die volle Befriedigung aus dem, vielleicht auch jetzt schon unzulänglichen, Vermögen dieses Schuldners zu erhalten. Ihr Streben ist daher nur ein vereinzeltes Streben, welches nicht schon dahin gerichtet ist, ihren Schuldner seines Dispositionsrechtes über sein ganzes Vermögen wegen sicherer Realisirung ihrer Forderungen zu entsetzen. Die Ansprüche solcher Gläubiger behalten die Eigenschaft einzelner — vielleicht vollkommen realisirbarer — Rechtssachen, die nach den bloß gewöhnlichen Grundsätzen über das Verfahren neben einander im Proceßwege fortlaufen und behandelt werden. In der Art der

Durchsetzung der Rechte selbst geht keine Veränderung vor[1]). Ohne irgend einem Präjudiz kann man diese mehreren Gläubiger eines Schuldners immerhin concurrirende Gläubiger nennen; aber Concursgläubiger nennt sie der Sprachgebrauch noch nicht. Sie sind es auch dann nicht, wenn sie bey der bekannten, vom Schuldner vielleicht eingestandenen, Unzulänglichkeit des Vermögens des Letzteren zur Deckung ihrer Forderungen, mit diesem außergerichtlich eine vergleichsweise Abbruchshandlung (§. 1380 des b. G. B.) treffen, wie dieses bey Kaufleuten nicht selten der Fall ist. Keinen dieser beyden jetzt erst erwähnten Zustände bezeichnet der übliche Sprachgebrauch mit dem Namen Concurs. Noch weniger aber würde man ein willkührliches Übereinkommen mehrerer Gläubiger eines Schuldners, dessen Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht, einen Concurs nennen können; wenn sie in Folge desselben ihren Schuldner eigenmächtig aus dem Besitze seines Vermögens setzen und dasselbe unter sich vertheilen würden; denn eine eigenmächtige Durchsetzung der Rechte kann keinen rechtlichen Zustand, keinen Concurs mit gesetzlich anerkannten Folgen begründen. Eine solche Durchsetzung ist im Staate verbothen und unterwirft einer Verantwortlichkeit (§. 19 des b. G. B.).

In dem Begriffe eines Concurses liegt ein gleichzeitiges[2]), so zu sagen neben einander laufendes (klageweises) Andrängen mehrerer Gläubiger, welche das Vermögen ihres gemeinsamen Schuldners, da sie dasselbe wirklich oder wahrscheinlich zur vollen Befriedigung ihrer Forderungen unzureichend halten, unter sich zu vertheilen suchen, und daher, um diesen Zweck mit Sicherheit zu erreichen, ihren Schuldner seines Dispositionsrechtes über dasselbe entsetzen. Die ganze Tendenz eines Concurses (der Gläubiger) geht also auf Theilung des, ihrem gemeinschaftlichen Schuldner gehörigen, Vermögens, auf Entsetzung ihres Schuldners

---

[1]) Just. H. Böhmer. Exercitationes ad Pandectas, in quibus praecipua dig. capita explicantur etc. Tom V. exercit. 88. Concursus creditorum extra concursum. Lipsiae 1754 — 64. — W. H. Puchta. Über den Concursproceß 1827. §. 17.

[2]) Dieses Wort im weiteren Sinne genommen, nähmlich in so fern Mehreres innerhalb eines gewissen Termines geschieht, vorgeht.

von dem Besitze desselben, und alles dieses ist nur Folge eines Concurses, weil abgesehen von demselben kein Gläubiger diese extremen Mittel für nothwendig hält, weil keiner von ihnen zweifelt, seine volle Befriedigung erhalten zu können. — Soll ein Zustand des Concurses mit solchen Folgen aber als rechtlich zulässig gedacht werden, so kann er nur mittelst gerichtlicher Autorität Statt finden, um jeden einseitigen oder eigenmächtigen Schritt zu beseitigen. Ein Gericht — denn es handelt sich auch hier zunächst um Realisirung von Privatrechten — hat demnach zu interveniren, und nach erhaltener Überzeugung zu entscheiden, ob ein solches gleichzeitiges Andrängen der Gläubiger eines Schuldners zu dem vorangedeuteten Zwecke Statt finden dürfe oder nicht. Entscheidet sich das Gericht für das Stattfinden eines solchen Zustandes, so spricht es die Erklärung aus, daß die Gläubiger auf die Vertheilung des Vermögens ihres gemeinsamen Schuldners dringen dürfen, oder mit andern Worten, daß der Concurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet sey. Immerhin kann ein cridamäßiger Zustand des Schuldners früher vorhanden seyn, und Veranlassung eines Concurses werden. Dieser selbst ist aber erst und nur dann vorhanden, wenn das Gericht das Stattfinden derselben ausspricht, und nicht früher. Von diesem Augenblicke der Erklärung des Gerichtes nennt man das Gericht Concursinstanz (Concursgericht, Behörde), den Gemeinschuldner Cridatar. Das Gericht muß nun, um jeden eigenmächtigen Act zu beseitigen, dafür sorgen, a) daß Niemand aus dem Vermögen des Cridatars etwas erhalte, der sich nicht als Gläubiger desselben meldet, und sich als solcher mit einer erwiesenen Forderung bethätiget. Das Gericht muß also Überzeugung von dem Daseyn der Gläubiger und von ihren Forderungen haben. Die erforderliche Kenntniß hiezu sucht es sich dadurch zu verschaffen, indem es alle diejenigen, die Forderungen an das Vermögen des Cridatars zu haben glauben, mittelst eines öffentlich bekannt gemachten Edictes auffordert, sich zu melden, und ihre Forderungen gegen einen aufgestellten Vertreter, da das Gericht nicht zugleich als solches und als Parthey handeln kann, zu erweisen. Nur solche Gläubiger, die sich (binnen einer bestimmten Anmeldungsfrist) melden, und ihre Forderungen liquidiren, können Anspruch auf das Vermögen nach der Beschaffenheit und Größe ihrer Forderun-

gen zu Folge des für diese gesetzlich bestimmenden Classen- und Vorzugsrechtes machen. Diese Gläubiger nennt man Concursgläubiger. — Da nun diese Gläubiger berechtiget sind, auf die Vertheilung des Vermögens ihres Cridatars zu dringen, so muß b) das Gericht sich auch Kenntniß von dem Stande desselben zu verschaffen suchen, und damit den Gläubigern hievon nichts entgeht, muß es dasselbe unter eine eigene verantwortliche Verwaltung stellen. Ersteres bewerkstelliget das Gericht, wenn es das gesammte vorhandene Vermögen, welches der Cridatar bey der Eröffnung des Concurses besitzt, sogleich unter Sperre nimmt, dasselbe schätzen und beschreiben läßt. Dieses Vermögen nennt man Crida-Concursvermögen. Entdeckt das Gericht ein bisher unbekanntes, vielleicht verschwiegenes, oder ein von dem Cridatar neu erworbenes Vermögen, wozu auch die angefallenen oder erworbenen Rechte desselben auf ein fremdes Vermögen zu zählen sind, so haben auch hierauf die Concursgläubiger Anspruch, denn es ist ein Vermögen ihres Cridatars, welchem als solchen das Dispositionsrecht benommen ist. Das Gericht wird ein solches Vermögen zur Concursmassa ziehen, welches nun einen integrirenden Bestandtheil desselben ausmacht, so daß nun das frühere, so wie das jetzt vorhandene Vermögen die Cridamassa bildet, aus deren Vertheilung die Gläubiger ihre Befriedigung, so weit sie zureichend ist, suchen. Ein Vermögen daher, welches dem Gerichte nicht bekannt ist, wenn es gleich vorhanden wäre, kann dasselbe nicht als ein Concursvermögen behandeln, dasselbe nicht unter seine Obsorge nehmen, somit noch weniger daraus eine Vertheilung unter die Concursgläubiger bewerkstelligen. Da mehrere Gläubiger auf eine Vertheilung des Vermögens ihres gemeinsamen Schuldners nur in Folge eines vom Gerichte erklärten Concurses dringen können, das Gericht sonach außerdem jeden Gläubiger des gemeinsamen Schuldners nach dem gewöhnlichen Proceßverfahren behandelt, und auch nur so behandeln kann, so ergibt sich von selbst, daß, wenn nach der Beendigung des Concurses ein vorhandenes Vermögen erst entdeckt wurde, welches nicht zur Concursmassa eingezogen worden ist und werden könnte, kein Gläubiger auf die Vertheilung dieses neu entdeckten Vermögens dringen könne, weil kein Concurs, keine Concursmassa besteht. Die weitere Folge hiervon ist die, daß auch

kein Gläubiger gegen einen andern ein Vorrecht behaupten kann, also auch nicht ein unbefriediget gebliebener Concursgläubiger vor neu entstandenen und solchen, die sich beym Concurse mit ihren Forderungen nicht gemeldet haben. Jeder Gläubiger handelt nach der Beendigung des Concurses, wie vor der Eröffnung desselben für sich, und das Gericht ist nicht verpflichtet, von Amtswegen eine besondere Vorsorge allen diesen Gläubigern zuzuwenden; denn es hat aufgehört Concursinstanz zu seyn. Jeder Gläubiger kann für sich daher seine Forderung gegen den Schuldner geltend machen, ohne eine Beirrung von Seite der Übrigen befürchten zu müssen. Wollen die unbefriediget gebliebenen Concursgläubiger auch auf die Vertheilung eines, erst nach der Beendigung des Concurses entdeckten Vermögens dringen, so müßte über das Vermögen neuerdings Concurs eröffnet werden, da die Vertheilung desselben nur ein Act einer Concursverhandlung seyn kann. In diesem Falle aber werden nicht bloß die unbefriedigten früheren Concursgläubiger, sondern auch alle andern Gläubiger des Schuldners, wenn sie ihre Forderungen anmelden und liquidiren, gleiche Concursgläubiger ihres neuen Cridatars vielleicht nur mit Verschiedenheit ihres Classen- und Vorzugsrechtes seyn.

Diese bisherigen, aus der Natur der Sache entnommenen Ansichten, welche aber keineswegs als ein vollkommenes Bild über alle Momente eines Concurses angesehen werden können, sondern von denen nur jene hervorgehoben sind, die zur Beantwortung der gemachten Vorlage dienen, werden auch durch gesetzliche Ansichten unterstützt.

Der §. 7 der allg. Concursordnung spricht von einem vorhandenen Vermögen, auf welches nur die, bey dem hierüber eröffneten Concurse sich anmeldenden Gläubiger Anspruch haben, alle übrigen daher von demselben ausgeschlossen erklärt werden. Vorhanden ist zwar auch ein verschwiegenes, oder sonst unbekanntes Vermögen; indessen für gewisse Zwecke, die durch dasselbe erreicht werden sollen, kann man ein Vermögen nur dann als daseyend vorhanden betrachten, wenn dasselbe wirklich für diese Zwecke verwendet werden kann, welches ganz natürlich nur dann der Fall ist, wenn es als für bestimmte Zwecke verwendbar auch bekannt ist. Kein Mensch wird mit einem, obgleich ihm ge-

hörigen existirenden Vermögen verfügen, von welchem er nicht weiß, das er ein solches habe. — Wie wäre es wohl möglich, daß ein Gericht ein Vermögen als ein Concursvermögen behandeln, daß es dasselbe unter Sperre nehmen, beschreiben und schätzen, und als Cridamassa unter die Obsorge eines Verwalters stellen könnte, wenn dieses Vermögen weder der Concursinstanz noch dem Massaverwalter bekannt ist? Oder wie kann der Massaverwalter nach dem §. 44 der allg. C. O., und §. 160 der wg. G. O. aus einem Vermögen jedem Gläubiger den ihm gebührenden (berechneten) Betrag abführen, das er nicht unter seiner Obsorge hat, das er nicht als ein zur Concursmassa gehöriges, als ein zu vertheilendes Cridavermögen ansehen kann? Ein Vermögen, welches erst nach Beendigung des Concurses entdeckt wurde, obgleich es zur Zeit der Concursverhandlung existirt hat, war als Concursvermögen nicht vorhanden; existirt aber auch jetzt nicht in dieser Eigenschaft, weil kein Concurs mehr im Zuge ist. Ein solches Vermögen kann daher auch zu keiner Concursmassa, da keine mehr existirt, eingezogen, und als ein Concursvermögen, welche Eigenschaft es noch nicht hat, eben so wenig zur Vertheilung unter die, bey dem beendeten Concurse unbefriediget gebliebenen Gläubiger vertheilt werden. Ein zur Zeit der Concursverhandlung existirendes Vermögen war richtig ein Vermögen des Schuldners, aber kein Concursvermögen desselben. **Non esse, et non apparere in jure est idem.** Es ist also ein großer Unterschied zu sagen, ein Vermögen habe bey der Eröffnung oder während der Dauer des Concurses existirt, und zu sagen, ein Vermögen habe in diesen Zeitmomenten als Concursvermögen existirt. — Macht man diesen Unterschied nicht, so ist es freylich bald behauptet, ein, bey der Verhandlung des Concurses bestandenes, aber nach dessen Beendigung erst entdecktes, Vermögen sey als ein ursprünglich in der Massa existirendes Vermögen anzusehen, weßhalb die Concursbehörde an den vorigen oder nachbestellten Vermögensverwalter den Auftrag ergehen lassen müsse, daß er dieses eintreibe, und die weitere Vertheilung an die unbefriedigten Concursgläubiger nach der gesetzlich vorgeschriebenen Art vornehme. — Ist der Concurs beendiget, so hat das Gericht als Concursbehörde seine Functionen geschlossen, und dasselbe

würde illegal handeln, wenn es in einer Eigenschaft, die ihm nicht mehr zukömmt, etwas vorkehren würde. Es kann also auch Niemanden in einer solchen Eigenschaft den Auftrag als Vermögensverwalter geben, Handlungen vorzunehmen, die nur bey einer Cridaverhandlung Statt finden können. Würde dessenungeachtet jemand den Auftrag erhalten haben, als ein solcher Vermögensverwalter zu handeln, so wäre dieser einem solchen Auftrag Folge zu leisten nicht schuldig, weil er zu Handlungen nicht verpflichtet werden kann, die gesetzlich nicht Statt finden können. Ein beendigter Concurs ist auch nicht ein bloß vorläufig beendigter Concurs, sondern er ist, wie schon Hr. Prof. Haimerl bemerkte, mit allen seinen Wirkungen ganz beendiget. Wie wäre mit der Annahme einer vorläufigen Beendigung eines Concurses das neuerlich freye Dispositionsrecht des Schuldners verträglich? Will man behaupten, der Schuldner habe zwar ein freyes Dispositionsrecht, jedoch **salvo jure tertii**, d. i. der unbefriedigt gebliebenen Concursgläubiger, so wäre einmahl dieses Dispositionsrecht kein freyes, sondern nur ein beschränktes. Welche gesetzliche Bestimmung aber spricht hiefür? Oder soll wohl das persönliche Recht eines unbefriedigten Concursgläubigers wohl die Wirkung haben, daß dasselbe die Verträge, welche der gewesene Concursant mit anderen Personen schloß, als nichtig darstelle, oder dieselben wenigstens aufhebe? oder soll die Wirkung dieses **jus tertii** gar die Wirkung haben, daß auch ein dinglich erworbenes Recht eines mit dem Schuldner compaciscirenden Theiles dem persönlichen Rechte eines unbefriedigt gebliebenen Gläubigers weichen müsse? — Soll das Dispositionsrecht des gewesenen Cridatars hinsichtlich was immer für eines Theiles seines Vermögens beschränkt seyn, man will eigentlich sagen, benommen werden, so muß irgend ein gesetzlicher Grund vorhanden seyn, der, da dieses Vermögen vertheilt werden soll, der Regel nach kein anderer seyn kann, als Verhängung des Concurses wegen vorhandener Zahlungsunfähigkeit, wo dann alle Gläubiger des Schuldners, seyen sie unbefriedigt gebliebene Concursgläubiger oder solche, die sich bey dem vorigen Concurse nicht angemeldet haben, oder neu entstandene Gläubiger ihre Forderungen anzumelden und zu liquidiren haben. Nur in einem neuen Concurse können sie ihre Classen- und Vorrechte geltend machen; außerdem stehen sich alle Gläubiger

der Regel nach gleich, folglich auch hinsichtlich eines, beym frühe- ren Concurse unbekannt gebliebenen, nach Beendigung dieses Con- curses aber erst entdeckten, Vermögens.

Aus der Resolution vom 11. September 1784 lit. b, Nr. 336 ergibt sich auch nicht, daß ein bey der Eröffnung des Concurses ver- schwiegenes, aber nach der Beendigung des Concurses erst entdeck- tes Vermögen so zu betrachten sey, als wäre dasselbe schon ur- sprünglich vorhanden gewesen. Bedient sich gleich diese Resolution des Ausdruckes: wenn immer ein verschwiegenes Vermögen vor- falle, aus welchem keine Zeitbeschränkung hervorzugehen scheint, so geht doch aus dem Zusammenhange der Worte dieser Resolution hervor, daß nur ein solch verschwiegenes Vermögen als gleich ur- sprünglich (bey der Eröffnung des Concurses) existirend angesehen werde, welches während der Dauer der Concursverhandlung ent- deckt wurde; denn dieses Gesetz spricht sich ausdrücklich über den Um- stand aus, daß, wenn ein verschwiegenes Vermögen eines Cridatarii (nähmlich eines Menschen, über dessen Vermögen ein Concurs verhandelt wird) vorfällt, dasselbe in die Con- cursmassa eingezogen werden soll. Soll ein solch verschwie- genes und vorgefallenes Vermögen zur Concursmassa eingezogen werden, so setzt dieses die Existenz einer Concursmassa, und somit eine noch fortbestehende Concursverhandlung voraus. Weder von dem einen noch von dem andern aber kann eine Rede seyn, wenn der Conrurs einmahl beendiget ist. Wenn die Gesetze von einer Cri- damasse sprechen, so setzen sie nie eine ideale, sondern immer nur eine wirkliche Cridamasse voraus, so wie auch, wenn in denselben die Rede von einem Concurse ist, immer der Zustand der Concurs- verhandlung von ihrem Beginne bis zu deren Beendigung, d. i. der formele Concurs bezeichnet wird [1]). Der **casus cridae** ist dem- nach beendiget, sobald die Concursbehörde den Concurs für beendi- get erklärt. Würde der **casus cridae** auch nach beendigtem Concurse so lange fortdauern, bis alle beym Concurse angemeldeten Gläu- biger befriediget sind, so würde das Gericht auch immer Concursbe-

---

[1]) Man lese Gönner's Handbuch des deutschen gemeinen Processes B. IV. 1805. LXXXII. vom Concurse der Gläubiger. §§. 7 und 8. Prof. Haimerl's oben sub b. citirte Abhandlung.

hörde bleiben müssen, der Vermögensverwalter, der Creditoren-ausschuß, der Massavertreter nie entlassen werden können.

Auch das Hofdecret vom 12. November 1787, Nr. 745 rechtfertiget nicht die gegentheilige Ansicht; denn, wenn es in demselben heißt, daß den Gläubigern eines Cridatars, welche sich beym Concurse nicht gemeldet haben, sondern die sich an die Person ihres Schuldners, oder an dessen in einer anderen Provinz gelegenes Vermögen halten wollen, diese ihre Rechte sowohl während, als nach der Beendigung des Concurses offen bleiben, so geht daraus keineswegs hervor, daß sie mit der Geltendmachung ihrer Rechte auch von dem Vermögen ausgeschlossen sind, welches der Cridatar in der Provinz, wo der Concurs verhandelt wurde, nach Beendigung desselben besitzt. Sie sind nur von dem Concursvermögen ausgeschlossen, weil sie sich beym Concurse nicht gemeldet haben. Nach der Beendigung des Concurses werden sich die unbefriedigten Concursgläubiger nicht an ein Vermögen des Concursanten in jener Provinz, wo der Concurs verhandelt wurde, halten, weil in der Regel ohnehin keines vorhanden ist. Fände sich jedoch eines vor, so schließt sie das Gesetz hievon nicht aus, welches ihnen bloß gestattet, also nicht beschränkt, ihre Rechte an ein, in einer andern Provinz befindliches Vermögen des gewesenen Cridatars zu halten.

Es geht also aus den bisher angeführten Gesetzen nicht hervor, daß ein während der Concursverhandlung zwar vorhandenes, aber nach der Beendigung des Concurses erst entdecktes Vermögen, ein Concursvermögen sey, also auch nicht, daß aus einem solchen Vermögen zunächst die im Concurse ihres Schuldners unbefriedigt gebliebenen Gläubiger vor allen andern befriediget werden müssen.

Berücksichtiget man die Aussagen der westgalizischen Gerichtsordnung, so bewährt sich auch dadurch nicht die Richtigkeit der gegentheiligen Ansicht.

Wenn es im §. 84 derselben heißt, daß die Gläubiger, welche sich bey dem Concurse ihres Schuldners nicht angemeldet haben, von dem vorhandenen, und etwa zuwachsenden Vermögen, so weit solches die in der Zeit sich anmeldenden Gläubiger erschöpfen, abgewiesen seyen, so folgt auch daraus nicht, daß die unbefriedigt gebliebenen Concursgläubiger ein Vorrecht auf ein erst

nach der Beendigung des Concurses entdecktes, früher also vorhandenes Vermögen vor anderen Gläubigern haben. Dadurch, daß der §. 84 ein etwa zuwachsendes Vermögen einem vorhandenen coordinirt, und den sich anmeldenden Gläubigern auf beydes vor anderen Gläubigern ein Vorrecht einräumt, sagt er ja noch nicht, daß ein erst nach der Beendigung des Concurses entdecktes Vermögen auch zu dem (einem solchen) vorhandenen Vermögen gehöre, welches im Concurse zur Befriedigung der Concursgläubiger zu verwenden sey. — Würde auch der §. 84. der westg. G. O. einen Zweifel übrig lassen, so hebt sich dieser durch den §. 116 derselben G. O., in welchem es heißt, daß die beym Concurse nicht sich anmeldenden Gläubiger mit ihren Ansprüchen auf die Concursmassa nicht mehr anzuhören seyen. Dieser §. 116 bestimmt doch im Grunde das Nähmliche, was der §. 84 der westg. G. O. anordnet, somit wird im §. 84 das vorhandene und etwa zuwachsende Vermögen auch nichts anders seyn, als ein Concursvermögen, als eine wirkliche Concursmassa, wozu doch ein, erst nach der Beendigung des Concurses entdecktes, Vermögen des Cridatars seiner Natur nach nicht gezählt werden kann. Diesem Sinne entsprechend, drückt sich ganz zweifellos der §. 145 der westg. G. O. aus, der bloß das während der Concursverhandlung ausfindig gemachte (entdeckte, früher unbekannt gewesene) Vermögen zur Befriedigung der angemeldeten und classificirten Gläubiger verwendet wissen will, somit ihnen kein Vorrecht auf ein erst nach der Beendigung des Concurses ausfindig gemachtes Vermögen einräumt.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich nun auch weiter, daß, so wie die unbefriedigt gebliebenen Concursgläubiger kein Vorzugsrecht auf ein erst nach der Beendigung des Concurses ausfindig gemachtes Vermögen vor anderen Gläubigern ihres Schuldners haben, eben so wenig die Ersteren ein Vorrecht unter einander geltend machen können. Die Gläubiger eines gewesenen Concursanten stehen gegen diesen mit ihren Forderungen ganz vereinzelt da. Ein jeder von ihnen sucht die Befriedigung seiner ganzen Forderung ohne Rücksicht auf andere Gläubiger zu erhalten, und ohne die Tendenz zu haben, den Schuldner weiter seines Dispositionsrechtes über sein Vermögen zu entsetzen, als in so weit es zur Befriedigung seiner

Forderung im Executionswege nothwendig wird. Eben so steht der Richter, welcher Concursinstanz über diesen Schuldner war, aber als solche durch seine Erklärung über die Beendigung des Concurses aufgehört zu seyn, vereinzelt dem einzelnen Gläubiger gegenüber, auf deren verschiedene Rechte er von Amtswegen, außer in besonderen gesetzlich bestimmten Fällen, nicht zu wachen verpflichtet ist. Er hat daher bloß mit Einzelnen zu verhandeln, über ihre Forderungen zu entscheiden, und ihnen die erforderliche Rechtshülfe im Wege der Execution zu ertheilen.

Hiernach wird nun der Fall auch leicht zu entscheiden seyn, was der Richter zu thun hat, wenn ein unbefriedigt gebliebener Concursgläubiger nach der Beendigung des Concurses ein früher unbekanntes Vermögen seines Schuldners — gewesenen Cridatars — entdeckt, und um executive Einantwortung dieses Vermögens nach dem Betrage seiner Forderung zu Folge seines, im Concurse dieses Schuldners erhaltenen und rechtskräftigen Liquidationsurtheiles bittet, mehrere andere Concursgläubiger aber auch unbefriediget geblieben sind; ob nähmlich der Richter in diesem Falle die gebethene executive Einantwortung des entdeckten Vermögens dem exequirenden Gläubiger zu erfolgen hat, oder ob er dieses Vermögen auch unter die übrigen verlierenden Gläubiger vertheilen müsse?

Aus den bisherigen, sowohl aus der Natur der Sache, als aus den Gesetzen abgeleiteten Erörterungen ergibt sich von selbst die verneinende Antwort der zweyten Frage, nähmlich, daß der Richter die Vertheilung unter die übrigen verlierenden Gläubiger nicht vorzunehmen habe; einmahl, weil die Vertheilung nur im Falle eines neuerlichen Concurses Statt finden könnte, der Richter aber nach Beendigung des Concurses aufhört Concursinstanz zu seyn, daher er keinen Act auf eine legale Art vornehmen kann, den er nur in letzterer Eigenschaft zu gestatten berechtiget ist; dann aber auch deßhalb, weil er von Amtswegen auf die Rechte der Privaten wachsam zu seyn keine Verpflichtuug hat, daher er auch nur für jenen seine richterliche Thätigkeit äußert, der sie in Anspruch nimmt. — Auffallend zeigt sich die Richtigkeit dieser Behauptung, wenn man annimmt, daß der Schuldner nach der Beendigung des Concurses, über kurz oder lang, seinen Wohnsitz ändert, und nun der Gerichtsbarkeit eines anderen Personalrichters unterworfen ist. Wird wohl

bey diesem Umstande der unbefriedigt gebliebene Concursgläubiger gegen seinen Schuldner — früheren Cridatar — wenn er ein Vermögen desselben entdeckt, um die executive Einantwortung desselben bey der früheren Concursinstanz oder bey dem gegenwärtigen Personalrichter einschreiten? Und hat, da bey diesem eingeschritten werden muß, diese von Amtswegen darauf zu sehen, ob nicht auch andere Gläubiger des Schuldners vorhanden sind, die bey dem Concurse unbefriediget geblieben sind; und darf dieser Richter, der nun Personalinstanz des Schuldners geworden ist, wenn ihm unbefriedigte Gläubiger bekannt geworden sind, eine Vertheilung des entdeckten Vermögens nach dem von der Concursinstanz gefällten Classificationsurtheile unter die unbefriedigt gebliebenen Gläubiger vornehmen, wenn er nicht selbst Concursinstanz dieses Schuldners wird? Unter Voraussetzung dieses angenommenen Umstandes wird man gewiß keinen Zweifel hegen, daß der gegenwärtige Personalrichter des Schuldners bloß als solcher keine Vertheilung unter die unbefriedigt gebliebenen Concursgläubiger vornehmen wird und darf. Das Nähmliche muß man nun auch consequent behaupten, wenn die Concursinstanz nach Beendigung des Concurses noch Personalinstanz des Schuldners geblieben ist.

Aber auch die executive Einantwortung des entdeckten Vermögens kann an den Gläubiger, der darum bittet, nicht sofort erfolgen, obgleich er ein rechtskräftiges Urtheil für seine Forderung von der Concursinstanz, vielleicht auch ein Vorrecht im Classificationsurtheile erhalten hat. — Diese Urtheile haben nur Rechtskraft bey einem Concurse gegen eine für seine Forderung noch zulängliche Concursmassa. Nach beendigtem Concurse hören alle Wirkungen derselben auf, und es kann keines der beyden Urtheile jetzt executiv wirksam werden; denn nach dem §. 12 des b. G. B. haben die von Richterstühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile nie die Kraft eines Gesetzes (einer allgemeinen, weiterhin noch verbindenden Norm); sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden. — In dem gegebenen Falle hat der unbefriedigte Gläubiger nur ein rechtskräftiges Urtheil gegen die Concursmassa erhalten. Nach der Beendigung des Concurses handelt es sich um ein anderes Vermögen, welches nicht Concursmassa ist, und zwar, jetzt ist der Schuldner nicht mehr Concursant.

sondern ein selbstständiger Contradictor. Das bey der Concursverhandlung gefällte und rechtskräftig gewordene Liquidationsurtheil (denn das Classificationsurtheil kömmt jetzt in keinen Betracht mehr) ist für den unbefriedigten Gläubiger nur ein **instrumentum quarentigiatum**, welches ihn nur berechtiget, gegen den Schuldner nach dem §. 298 der allg., und 397 der westg. G. O. eine Executionsklage zu überreichen. In Folge dieser kann es ihm sehr leicht möglich werden, früher ein Pfandrecht auf das Vermögen des Schuldners zu erlangen, und auf diese Art, falls der Richter neuerlich bey dem Eintritte der gesetzlichen Bedingungen über den Schuldner einen Concurs verhängt, ein Vorrecht vor anderen unbefriedigten Gläubigern, und somit auch eine vollständige Befriedigung zu erzielen. — Ein Executionsgesuch eines Gläubigers müßte der Richter schlechterdings abweisen.

Erörterung

der Frage, ob ein auf den Pflichttheil beschränkter Notherbe berechtiget sey, seinen Pflichttheil in natura zu fordern, oder ob er sich mit dem Aequivalente desselben begnügen müsse?

Von

Herrn Dr. Johann Baptist Zugschwerdt.

Die Lehre von dem Pflichttheile nach den Bestimmungen unseres allg. bürgerl. Gesetzbuches ist reich an interessanten Rechtsfragen. Eine dieser Fragen, welche in der practischen Rechtspflege häufiger in Anregung gebracht werden: ist die: ob der auf den Pflichttheil beschränkte Notherbe berechtiget sey, diesen seinen Pflichttheil in natura zu fordern, oder ob er sich mit dem nach Vorschrift des §. 784 des a. b. G. B. zu ermittelnden Äquivalenten desselben begnügen müsse.

Diese nicht unwichtige Frage findet weder in den über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erschienenen Commentaren, noch in den von der Lehre vom Pflichttheile insbesondere handelnden Monographien eine Beantwortung, geschweige denn eine ihrer Wichtigkeit entsprechende Erörterung. In der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit wurde diese Frage in zwey Aufsätzen, nähmlich Jahrgang 1838 Nr. 33., und Jahrgang 1839 Nr. 8. im widersprechenden Sinne behandelt, ohne daß sie jedoch in der Art erörtert worden wäre, wie es die practische Wichtigkeit des Gegenstandes zu fordern scheint. Ich versuche es daher dieselbe einer wo mög-

lich erschöpfenden Erörterung zu unterziehen, vollkommen zufrieden, wenn dieser Aufsatz zur endlichen Entscheidung der Frage die Veranlassung geben würde.

Ich halte es vor allem für unerläßlich, diejenigen Merkmahle des in dem a. b. Gesetzbuche aufgestellten Begriffes eines „Notherben“ und des „Pflichttheiles“ aufzusuchen, welche auf die Entscheidung dieser Frage einen Einfluß üben, weil einem Gesetze in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden darf, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet (§. 6 des a. b. G. B.).

Zur Eruirung des gesetzlichen Begriffes eines „Notherben“ geben die §§. 762 und 764 des a. b. G. B. die nöthigen Anhaltspuncte. Der §. 762 sagt: die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß, sind seine Kinder, und in deren Ermanglung seine Ältern. Im §. 764 heißt es weiter: der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtiget sind, heißt Pflichttheil, und sie selbst werden in dieser Rücksicht „Notherben“ genannt. Ein „Notherbe“ ist also diejenige Person, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit einem Erbtheile bedenken muß.

Der gesetzliche Begriff des „Pflichttheiles“ wird in dem §. 764 aufgestellt, indem das Gesetz daselbst den Pflichttheil als jenen „Erbtheil“ definirt, welchen diese Personen (nach §. 762 und dem Schlußsatze des §. 764 die Notherben) zu fordern berechtiget sind. In strengster Folgerichtigkeit wird sodann in den §§. 765 und 766 das Maß des Pflichttheiles dahin festgesetzt: derselbe sey, wenn es um einen Notherben der absteigenden Linie handle, die Hälfte — wenn aber von einem Notherben der aufsteigenden Linie die Rede sey: ein Drittheil dessen, was der Notherbe nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten würde.

Das Gesetz nennt also den „Pflichttheil“ ausdrücklich einen „Erbtheil,“ und bestimmt als solchen insbesondere einen relativen Theil des Intestaterbtheiles. Ist aber der Pflichttheil ein Erbtheil überhaupt, und insbesondere ein relativer Theile des Intestaterbtheiles, so müssen nach einer richtigen

Terminologie in dem Begriffe des „Pflichttheiles“ nothwendig alle jene Merkmahle gefunden werden, welche das Gesetz mit dem Begriffe eines „Erbtheiles“ verbindet, und dieß zwar um so unerläßlicher, als die Theilung eines Erbtheiles in mehrere relative Theile gewiß immer nur eine ideale Theilung seyn kann, und zwischen dem Ganzen und seinem ideelen Theile andere Verschiedenheit als die der Größe nicht denkbar ist. Es muß daher die Vorfrage untersucht werden: welchen Begriff das Gesetz mit dem Ausdrucke: „Erbtheil“ verbindet, und welches die für diese Untersuchung wichtigen Merkmahle dieses Begriffes sind.

In dem Gesetze selbst finden wir keine unmittelbare Definition dieses Ausdruckes, es dürfte jedoch nicht schwer halten, den wahren Sinn desselben mit vollster Bestimmtheit mittelbar aus dem Gesetze zu erschließen. — In dem §. 532 des Gesetzbuches wird ein „Erbe“ diejenige Person genannt, welcher das Erbrecht, das ist das ausschließende Recht gebührt, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen, und die Verlassenschaft selbst wird in Beziehung auf den Erben: „Erbschaft“ genannt. Der gesetzliche Ausdruck: „Erbschaft“ ist also dem Ausdrucke: „Verlassenschaft,“ dann vollkommen gleichgestellt, wenn letzterer in Beziehung auf den Erben gebraucht wird: folglich muß auch ein „Theil der Erbschaft“ oder ein „Erbtheil“ identisch seyn mit dem Ausdrucke: „ein Theil der Verlassenschaft,“ wenn letzterer in Beziehung auf den Erben angewendet wird. Von einem Theile der Verlassenschaft in Beziehung auf den Erben kann aber gewiß nur dann die Rede seyn, wenn dieser Theil der Verlassenschaft ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter, also ein relativer Theil derselben ist, indem in Entstehung dieses besonderen Merkmahles die Person, der ein solches nicht in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil der Verlassenschaft zukäme, nach der obigen Begriffsbestimmung eines „Erben“ nicht mehr „Erbe“ wäre, sohin auch der ihr zukommende Theil der Verlassenschaft nicht „Erbtheil,“ welcher Ausdruck immer nur einem „Erben“ gegenüber angewendet werden darf, genannt werden könnte. Hieraus ergibt sich also das eine wesentliche Merkmahl des mit dem Worte „Erb-

theil“ verbundenen gesetzlichen Begriffes, daß nähmlich derselbe immer ein in Beziehung auf die ganze Verlassenschaft bestimmter, also ein relativer Theil derselben seyn müsse.

Unter Verlassenschaft versteht aber das Gesetz den Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insoferne dieselben nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind (§. 531 des a. b. G. B.). Schon aus dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß, wenn das Gesetz selbst von einer Theilung der Verlassenschaft im Allgemeinen redet, darunter immer nur eine ideele Theilung in der Art verstanden werden könne, daß jedem Theilnehmer von jedem einzelnen Rechte des Erblassers, in so ferne es seiner Natur nach übertragbar erscheint, der entsprechende relative Theil zufallen, hingegen denselben aber auch der entsprechende relative Theil einer jeden Verbindlichkeit des Erblassers, in so ferne auch sie überhaupt auf die Erben übergehen, belasten müsse. Es handelt sich nähmlich hier um eine Theilung von Rechten, und diese Theilung kann immer nur eine ideele Theilung seyn, und physisch nur an den Objecten dieser Rechte bewerkstelliget werden. Es muß also jedem Theilnehmer an einem Rechte der mit diesem seinem Antheile im Verhältnisse stehende Theil des bezüglichen Objectes zuerkannt werden; allein eben weil dem einzelnen Theilnehmer an dem Rechte selbst nur ideele Theile zukommen und die Theile des Objectes mit den Antheilen an dem Rechte im Verhältnisse stehen müssen; so können denselben auch an dem Objecte dieses Rechtes ebenfalls wieder nur ideele Theile zukommen.

Das Object des Erbrechtes bildet die Verlassenschaft, ist nun das Erbrecht unter mehrere Personen getheilt, so kann jedem einzelnen Theilnehmer nur ein ideeler Theil des Erbrechtes und sohin auch nur der entsprechende, also ebenfalls ideele Theil der Verlassenschaft zukommen. In dem Begriffe eines „Erbtheiles“ liegt also das weitere wesentliche Merkmahl, daß derselbe immer ein ideeler Theil der Verlassenschaft seyn müsse.

Dem Erben steht Kraft seines Erbrechtes das ausschließende Befugniß zu, die ganze Verlassenschaft, oder wenn er nur auf einen Erbtheil beschränkt ist, den entsprechenden relativen Theil

derselben in Besitz zu nehmen. Dieses Recht erwächst dem Erben im Augenblicke des Erbanfalles, also in der Regel im Momente des Todes des Erblassers (§§. 545 und 703 des a. b. G. B.), wird aber in Beziehung auf die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft erst nach Ausweisung des Erbrechtes von Seite des Erben und Anerkennung desselben von Seite des Gerichtes (§. 810), und in Beziehung auf das Eigenthumsrecht erst nach geschehener Ausweisung der genauen Erfüllung der dem Erben als solchem obliegenden Verbindlichkeiten und sohin erfolgter Einantwortung (§. 819) wirksam. Von dem Momente des Todes des Erblassers bis zum Antritte der Erbschaft von Seite des Erben wird in Folge einer gesetzlichen Fiction die Verlassenschaft so angesehen, als ob sie von dem Erblasser noch besessen würde (§. 547 des a. b. G. B.). Aus diesem ausschließenden Rechte des Erben die Einantwortung der Verlassenschaft, das ist, die Übergabe desselben in den rechtlichen Besitz von dem Gerichte zu fordern (§. 797) folget, daß Niemand anderer, als eben nur der Erbe selbst, sich in den Besitz des Nachlasses setzen oder irgend eine Verfügung damit treffen könne.

Schreiten zu einer und derselben Verlassenschaft mehrere Personen als Erben ein, so ist das Erbrecht unter sie in mehrere und zwar nach dem Vorhergehenden relative, ideele Theile getheilt. Das ausschließende Recht des einen Miterben, den seinem ideelen Antheile an dem Erbrechte entsprechenden Theil des Nachlasses in Besitz zu nehmen, wird durch das ganz gleiche Recht der andern Miterben auf die ihren Antheilen an dem Erbrechte entsprechenden ideelen Theile des Nachlasses beschränket, und die mehreren Miterben stehen nach §. 550 des a. b. G. B. unter sich in einer Gemeinschaft, indem sie in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen werden. Das zwischen mehreren Miterben gesetzlich bestehende Rechtsverhältniß muß daher auch nach dem in dem 16. Hauptstücke des II. Theiles des Gesetzbuches in Betreff der Gemeinschaft dinglicher Rechte aufgestellten Grundsätzen beurtheilet werden.

Den Gegenstand dieser Gemeinschaft bildet zunächst das Erbrecht selbst in seiner Wirksamkeit auf einen bestimm-

ten Nachlaß, und die einzelnen Bestandtheile dieses Nachlasses sind die Objecte, auf welche sich das gemeinschaftliche Recht äußert. Mit diesem Gegenstande des gemeinschaftlichen Rechtes kann nach §. 828 des a. b. G. B. keiner der Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen irgend eine Veränderung treffen, wodurch auch über die Antheile der Andern verfüget würde, insbesondere aber ist nach §. 841 des a. b. G. B. zur wirklichen Theilung desselben die einhellige Zustimmung aller Theilnehmer unerläßlich. Wäre eine solche Einhelligkeit durchaus nicht zu erwirken, so müßten die in eben diesem §. 841 festgesetzten Entscheidungsnormen in Anwendung kommen. Die Bemerkung, daß den Erben vor erwirkter Einantwortung noch kein Eigenthumsrecht an der Verlassenschaft zustehe, ist wohl ganz richtig; allein dieß schadet nichts, denn es ist hier nicht von der Gemeinschaft dieses Eigenthumsrechtes die Rede, sondern von der Gemeinschaft jenes dinglichen Rechtes, wodurch es den Erben erst möglich wird, eben dieses Eigenthumsrecht an der Verlassenschaft selbst zu erwerben. Die wirkliche Theilung des Nachlasses kann übrigens sowohl vor als nach der erwirkten Einantwortung geschehen und der Unterschied besteht nur darin, daß die einzelnen Miterben im letzteren Falle das Alleineigenthum der ihnen zugefallenen Verlassenschaftsbestandtheile schon bei der Zuweisung erwerben, im ersteren Falle aber nur jenes Dispositionsrecht erlangen, welches ein Erbe vor der Einantwortung des Nachlasses erwerben kann und zur wirklichen Erwerbung dieses Alleineigenthumes noch die Einantwortung abwarten müssen.

Wenn nun einer der Miterben irgend einen Bestandtheil der Verlassenschaft — wenn auch in keinem höheren als in dem in Beziehung auf den Gesammtwerth des Nachlasses bemessenen Werthe seines ideelen Antheiles — sich selbst ausschließend zueignen wollte; so würde er nothwendig auch über die den andern Miterben an eben diesem Bestandtheile der Verlassenschaft gebührenden ideelen Antheile verfügen, welche Handlungsweise mit den obgedachten in den §§. 828 und 841 des a. b. G. B. aufgestellten Grundsätzen im Widerspruche stünde. Es kann daher unmöglich in dem Belieben eines Miterben stehen, sich ein Stück der Verlassenschaft zu wählen, und die übrigen Miterben für die denselben an eben diesem Verlassenschaftsstücke zustehenden Antheile durch Überlassung seines

Antheiles an den anderen Verlassenschaftsbestandtheilen oder auf was immer für eine andere Weise entschädigen zu wollen. Es ist vielmehr unbestreitbar gewiß, daß ein Miterbe ohne Zustimmung der anderen gar keine, wie immer geartete Veränderung an dem Nachlasse vornehmen könne, wodurch über die Antheile der übrigen Miterben ebenfalls irgend eine Verfügung getroffen würde, und daß insbesondere eine Theilung des Nachlasses unter mehrere Miterben immer nur durch einhellige Zustimmung aller Miterben oder durch die im §. 841 des a. b. G. B. festgesetzten Entscheidungsnorme bewerkstelliget werden könne.

Wenn nun in Folge des dem Erben zustehenden ausschließenden Rechtes den Nachlaß in Besitz zu nehmen, Niemand anderer als nur er selbst mit dem Nachlasse irgend eine Veränderung vornehmen darf, und wenn ferner den mehreren Miterben ein Verfügungsrecht über den Nachlaß nur in vollster Übereinstimmung aller Interessenten eingeräumt ist und insbesondere die Theilung des Nachlasses unter dieselben nur zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden darf; so ergibt sich die nothwendige Folge, daß jeder Erbe und jeder einzelne Miterbe das ausschließende Recht haben müsse, die ihm zugefallene Erbschaft oder den hiervon auf ihn entfallenden Erbtheil in eben dem Zustande in Besitz zu nehmen, in welchem er sich bei dem Erbanfalle befand, oder daß ihm das Recht zustehen müsse, die Erbschaft, rücksichtlich die Erbportion **in natura** zu fordern.

Es ist daher kein Zweifel, daß nach der Terminologie unseres allg. bürgl. Gesetzbuches mit dem Begriffe eines „Erbtheiles" die wesentlichen Merkmahle verbunden sind, daß er immer ein relativer ideeler Theil des ganzen Nachlasses seyn und in Folge dessen jedem Miterben das Recht zu stehen müsse, denselben **in natura** zu fordern. Da nun aber, wie oben gezeigt, nach eben dieser gesetzlichen Terminologie nach §§. 764 und 762 der Notherbe immer mit einem Erbtheile, also mit einem relativen Theile der Verlassenschaft bedacht werden muß, nach §. 532 aber derjenige, dem ein solcher in Beziehung auf die ganze Verlassenschaft bestimmter, also relativer Theil der Verlassen-

schaft zugedacht wird, ein Erbe ist; und da weiter der Pflichttheil, den der Notherbe zu fordern berechtiget ist, ein relativer Theil des Erbtheiles ist, folglich in dem Begriffe desselben jedes wesentliche Merkmahl von dem Begriffe eines Erbtheiles nothwendig enthalten seyn muß; so dürfte der Schluß gerechtfertiget seyn, daß der Notherbe im Sinne des §. 523 wirklich ein Erbe sey, und seinen Pflichttheil, als einen relativen, ideelen Theil des ganzen Nachlasses **in natura** fordern könne.

Im vollsten Einklange mit der Begriffsbestimmung eines Notherben und des Pflichttheiles steht die weitere Anordnung des §. 786 des a. b. G. B. dahin lautend, daß die Verlassenschaft bis zur wirklichen Zutheilung in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile, als ein zwischen den Haupt- und Notherben verhältnißmäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten sey. Der hohe Gesetzgeber hat es für nöthig gefunden, eine ausdrückliche Norm darüber festzusetzen, wie es mit dem Gewinne und den Nachtheilen eines Nachlasses vor der Zutheilung dann zu halten sey, wenn nur Erben einschreiten, wovon keiner auf den Pflichttheil beschränkt ist. Es war auch eine solche Bestimmung in der That nicht nöthig, da schon der §. 550 festsetzet, daß die mehreren Erben in Beziehung auf die Verlassenschaft in einer Gemeinschaft stehen, somit auch in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile die Grundsätze der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte, wie das a. b. G. B. sie aufstellet, in Anwendung kommen müssen. Dasselbe gilt nun wohl auch in dem Falle, wenn Einer oder mehrere der Erben auf den Pflichttheil beschränkt sind, und man kann bey Festhaltung des gesetzlichen Begriffes eines Notherben und des Pflichttheiles unmöglich daran zweifeln, daß auch in diesem Falle dieselben Grundsätze ihre Wirksamkeit äußern müssen. Demungeachtet hat der hohe Gesetzgeber im unverkennbaren Streben nach Deutlichkeit und Klarheit durch die Anordnung des §. 786 einen allfälligen Zweifel auf eine Art und Weise gelöset, welche den strengsten Anforderungen der Consequenz vollkommen entspricht. Der Pflichttheil ist seinem gesetzlichen Begriffe nach ein relativer, ideeler Theil des ganzen Nachlasses, und bleibt es nothwendig so lange, bis durch

die wirkliche Theilung der Erbschaft nach §. 841 der ideele Theil in einen physischen Antheil verwandelt wird. Vor dieser wirklichen Theilung muß jede mit dem Ganzen des Nachlasses vorgegangene Veränderung auf die Theilnehmer einen nothwendigen Einfluß üben. Jedem Theilnehmer gebühret an jedem einzelnen Stücke des Nachlasses der entsprechende ideele Theil; geht nun irgend ein Bestandtheil desselben zu Grunde, so trifft der Verlust nothwendig alle Theilnehmer, weil eben die Antheile aller einzelnen Theilnehmer zusammen den ganzen Bestandtheil ausmachen, der zu Grunde gegangen ist. Ist aber von einem Gewinne die Rede, welcher Ausdruck, glaube ich, hier im weitesten Sinne genommen ist, und im Gegensatze vom Nachtheil, jede wie immer geartete Vermehrung durch Hinzukommen neuer Bestandtheile oder durch Erhöhung des Werthes der bereits vorhandenen Bestandtheile bezeichnen soll: so kann dieser Gewinn nur Folge eines dem ganzen Nachlasse oder einem einzelnen Bestandtheile desselben anklebenden Rechtes seyn, und da dieses Recht ein Gemeingut aller Theilnehmer ist: so muß nothwendig auch die Wirkung desselben wieder ein Gemeingut aller Interessenten werden und also jedem nach Verhältniß seines Antheiles zu Gute kommen.

Der §. 786 spricht zwar nur in Ansehung des Gewinnes und der Nachtheile eine Gemeinschaft zwischen den Haupt- und Nebenerben aus, und es findet sich in Beziehung des Stammvermögens eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht vor. Allein es fließt, wie bereits oben gezeigt, das Daseyn derselben in Betreff des Stammvermögens schon aus dem gesetzlichen Begriffe eines Notherben und des Pflichttheiles, und dann stellet sich ja eben die Anordnung dieses §. 786 nur als eine Folgerung aus dem Grundsatze einer Gemeinschaft in Beziehung auf das Stammvermögen dar, welche daher nothwendig in der Voraussetzung dieses Grundsatzes bedingt ist, und nur darin ihre Rechtfertigung finden kann. Es wäre wahrlich unerklärbar, wie das Gesetz in Betreff des Gewinnes und der Nachttheile des Nachlasses zwischen den Haupt- und Notherben eine Gemeinschaft annehmen könnte, wenn nicht in eben diesem Gesetze auch der Grundsatz der Gemeinschaft in Beziehung auf den Nachlaß selbst als Stammvermögen anerkannt wäre. Eine solche Bestimmung wäre rein willkührlich und ohne logische Begründung,

welchen Vorwurf man einer systematischen Gesetzgebung um so minder dann machen kann, wenn die entgegengesetzte Behauptung eben in dem klaren und wortdeutlichen Inhalte des Gesetzes selbst ihre vollkommenste Rechtfertigung findet. Diese Gemeinschaft zwischen den Haupt- und Notherben in Beziehung auf das Stammvermögen ist in dem Gesetze gegründet, allein es konnte der Zweifel entstehen, ob dieselbe, wegen mancher singulären Bestimmung in Betreff des Pflichttheiles, nicht etwa bloß im Momente des Erbanfalles angenommen werde, und jede, wenn auch spätere Theilung des Nachlasses zwischen Haupt- und Notherben mit alleiniger Berücksichtigung des Standes der Verlassenschaft im Momente des Erbanfalles vorgenommen werden solle. Wie nahe dieser Zweifel gelegen ist, beweiset am klarsten eben die häufig ausgesprochene Meinung, daß der Notherbe sich mit dem Schätzungswerthe seines Pflichttheiles begnügen müsse, bei welcher Werthsbestimmung die Inventur, welche den Nachlaß nach dem Stande desselben im Momente des Todes des Erblassers darstellet, zur Grundlage genommen werden soll. Diesem möglichen Zweifel wurde durch die Anordnung des §. 786 begegnet und es liefert dieselbe die vollste Überzeugung, daß der hohe Gesetzgeber den Nachlaß von dem Momente des Erbanfalles bis zur wirklichen unter den Voraussetzungen des §. 841 des a. b. G. B. zu Stande gekommenen Theilung desselben als ein zwischen den Haupt- und Notherben in jeder Beziehung gemeinschaftliches Vermögen angesehen wissen wolle, wodurch die obausgesprochene Ansicht, daß der Pflichttheil dem Notherben in natura gebühre, eine neue gesetzliche Bestätigung erhält.

Erweiset sich das bisher Gesagte als richtig, so kann auch über die Ausmessung des Pflichttheiles nie ein Zweifel entstehen. Derselbe ist immer der entsprechende relative Theil des Nachlasses und bey dessen wirklichen Zutheilung muß die Norm des §. 841 des a. b. G. B. in Anwendung kommen. — Demungeachtet finden wir in dem §. 784 des a. b. G. B. auch über die wichtige Ausmessung des Pflichttheiles eine positive Bestimmung dahin lautend: „Um den „Pflichttheil gehörig ausmessen zu können, werden alle zur Verlas„senschaft gehörigen, beweglichen und unbeweglichen Sachen, alle „Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfol„ger frey zu vererben befugt war, selbst alles, was ein Erbe oder

„Legatar in die Massa schuldig ist, genau beschrieben oder ordentlich „geschätzt. Den Notherben steht es frey, der Schätzung bey„zuwohnen, und ihre Erinnerungen dabey zu machen. Auf eine „Feilbiethung der Verlassenschaftsstücke zur Erhe„bung des wahren Werthes kann von ihnen nicht „gedrungen werden."

Diese Gesetzesstelle ist es, auf welche die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht sich berufen, und dieselbe scheint in der That einen nicht unbedeutenden Anhaltspunct für ihre Folgerungen zu geben. Allein es ist nur scheinbar, und ich will es versuchen ohne diesen Folgerungen im Einzelnen zu begegnen, die Gränzen zu bezeichnen, in welche der Gesetzgeber selbst die Entscheidungskraft dieser positiven Norm eingeschränket hat, indem sich eben daraus die Unrichtigkeit der von Gegenseits aus dieser Stelle gezogenen Schlüsse von selbst ergeben muß.

Ich habe es stets für die schwierigste, aber auch wichtigste und unerläßliche Aufgabe jeder Gesetzeshermeneutig gehalten, jede einzelne Stelle eines systematischen Gesetzes nur so auszulegen, daß selbe von Wirkung sey, und keiner andern Stelle desselben Gesetzes in irgend einer Beziehung widerspreche. Vorzüglich glaube ich dürfte unser allg. bürgl. Gesetzbuch nur auf eine solche Auslegung einen gerechten Anspruch machen, indem der innerste Zusammenhang und die klarste und vollste Übereinstimmung der einzelnen Theile desselben gewiß jeden Rechtsforscher mit Bewunderung erfüllet.

Der österreichische Gesetzgeber hat seinen Staatsbürgern im Allgemeinen das Recht eingeräumt unter Beobachtung der mäßigen gesetzlichen Förmlichkeiten über ihr frey vererbliches Vermögen für den Todesfall zu verfügen. Dieses den Staatsbürgern im Allgemeinen zugestandene freye Dispositionsrecht mortis causa wurde dahin beschränket, daß derjenige, welcher einen in dem §. 762 des a. b. G. B. bestimmten Notherben hinterläßt, nicht über sein ganzes frey vererbliches Vermögen zu Gunsten dritter Personen solle verfügen können, sondern diesen Personen den gesetzlich normirten Theil des Nachlasses, einen Pflichttheil, zuwenden müsse, wenn nicht einer der im §. 767 des Gesetzbuches festgesetzten Fälle des gänzlichen Ausschlusses eintritt.

Stirbt der Erblasser, ohne von seinem Rechte letztwillig über

sein Vermögen zu verfügen Gebrauch gemacht zu haben; so tritt die gesetzliche Erbfolge ein, und nach derselben sind eben jene Personen, zu deren Gunsten der Erblasser in seinem Verfügungsrechte **mortis causa** beschränkt worden ist, die nächsten Intestaterben, und erhalten also den ganzen Nachlaß. Durch eine letztwillige Verfügung kann er sie nun in diesem ihrem Intestaterbrechte beschränken, indem er ihnen lediglich den gesetzlich normirten Pflichttheil hinterläßt, und mit dem übrigen Theil seines frey vererblichen Vermögens willkührliche Verfügungen trifft. Allein der Erblasser ist nicht verpflichtet seinen Notherben den Pflichttheil in Gestalt eines „Erbtheiles" zu hinterlassen, sondern er kann ihnen denselben auch in Gestalt eines Vermächtnisses ohne ausdrückliche Benennung des Pflichttheiles zuwenden (§. 774 des a. b. G. B).

Diese Anordnung des §. 774 des a. b. G. B. scheint zwar mit dem gesetzlichen Begriffe eines Notherben und des Pflichttheiles nicht vereinbar zu seyn, weil es diesem Begriffe offenbar widerstreitet, daß dem Notherben nur ein Vermächtniß und kein Erbtheil hinterlassen werde. Allein dieser scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man bedenkt, daß der Notherbe auch in diesem Falle dem Werthe nach immer den entsprechenden relativen Theil der Verlassenschaft, welcher ihm als Pflichttheil gebühret, also nach §. 532 immer einen Erbtheil wirklich erhalten muß, und die Begünstigung des Erblassers im §. 774 nur auf die Gestalt dieses Erbtheiles, nicht aber auf den inneren Gehalt desselben einen Einfluß hat.

Der Erblasser ist also einmahl berechtiget, seine Notherben, welche **ab intestato** den ganzen Nachlaß erhalten hätten, im Allgemeinen auf ihren Pflichttheil zu beschränken, er ist aber noch weiters berechtiget, ihnen diesen Pflichttheil in einem von ihm selbst bestimmten Gegenstand, — welcher entweder in der Verlassenschaft selbst vorhanden, oder eine dem Erben oder Legatare, der sie dem Notherben leisten soll, gehörige oder endlich selbst eine fremde Sache seyn kann (§. 662 des Gesetzbuches), oder in einer Summe Geldes zuzuweisen. Diese letztere Zuweisung des Pflichttheiles in einer Summe Geldes kann entweder directe geschehen, indem der Erblas-

ser selbst die Summe Geldes bestimmt, welche den Notherben entrichtet werden soll und zwar ohne Rücksicht, ob dieselbe in der Verlassenschaft vorhanden ist oder nicht, oder aber sie kann indirecte dadurch geschehen, daß der Erblasser unter Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil in Beziehung auf den Nachlaß solche Verfügungen trifft, deren Realisirung die Befriedigung des Notherben in barem Gelde nothwendig zur Folge hat, z. B. der Erblasser bestimmt unter Beschränkung seines Notherben auf den Pflichttheil das die Verlassenschaft bildende Haus zu einem Armenversorgungshause der Gemeinde, in Folge dessen man dem Notherben unmöglich den seinem Rechte entsprechenden Theil des Hauses **in natura** überlassen kann, weil eben dadurch der bestimmt erklärte Wille des Erblassers gerade zu vereitelt würde, daher demselben sein Pflichttheil im baren Gelde entrichtet werden muß.

Hat nun der Erblasser seinen Notherben im Allgemeinen auf den Pflichttheil beschränket, ohne ihm diesen Pflichttheil in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes besonders zuzuweisen; dann tritt die aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung eines Notherben und des Pflichttheiles abgeleitete Regel ein, daß der Notherbe seinen Pflichttheil **in natura** erhalten müsse. In diesem Falle wollte der Erblasser seinen Notherben nur in dem Maße seines Erbtheiles beschränken, keineswegs aber die gesetzliche Natur desselben ändern, wozu eine besondere Anordnung unerläßlich gewesen wäre, und es ist daher kein Grund vorhanden, von der eben entwickelten gesetzlichen Bestimmung abzuweichen und dem Notherben anstatt des Pflichttheiles **in natura**, der ihm nach dem Gesetze gebühret, nur ein Äquivalent desselben entrichten zu wollen.

Daß diese allgemeine Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil sowohl ausdrücklich geschehen, als auch stillschweigend gemacht werden kann und zwar letzteres in Betreff der Notherben absteigender Linie nach §§. 776 und 780 mit Berücksichtigung der §§. 777 und 778 und rücksichtlich der Notherben aufsteigender Linie nach §. 781 des a. b. G. B., wenn nicht in beyden Fällen die Übergehung nach §. 782 als eine Enterbung angesehen werden muß — bedarf keiner Erwähnung.

Macht aber der Erblasser von seinem weiteren Rechte Gebrauch, und weiset er dem Notherben seinen Pflichttheil zugleich in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes und zwar letzteres directe oder indirecte an, dann tritt von obiger Regel die Ausnahme ein und der Notherbe muß sich mit dem Äquivalente des Pflichttheiles begnügen. In diesem Falle läßt sich die Hintanfertigung des Notherben mit seinem Pflichttheile in natura mit der Anordnung des Erblassers nicht vereinigen; da aber dem Erblasser in dem Gesetze (§. 774 des a. b. G. B.) das Recht eingeräumt worden ist, eine solche Anordnung zu treffen, so muß dieselbe auch realisirt werden können, und es ist sonach eben dadurch diese Ausnahme gesetzlich normirt.

Die Willkühr des Erblassers kann jedoch nie so weit gehen, daß der Notherbe auch in Beziehung auf die ihm vom Gesetze zugewiesene Quantität seines Pflichttheiles einen Nachtheil erleide; derselbe muß vielmehr in dem ihm zugewiesenen Pflichttheile dem Werthe nach immer die Hälfte oder beziehungsweise ein Drittel seines Intestaterbtheiles wirklich erhalten. Im Falle einer Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil im Allgemeinen ohne eine besondere Zuweisung desselben in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes kann die Frage: ob eine solche Verletzung in der Quantität des Pflichttheiles durch den Erblasser eintrete, nie vorkommen, weil der Notherbe in diesem Falle nach dem Vorausgegangenen seinen Pflichttheil **in natura** erhalten muß. Der Pflichttheilsnehmer tritt daher mit dem Haupterben in Beziehung auf den Nachlaß in eine Gemeinschaft und erhält das ausschließende Recht den entsprechenden relativen Theil der Verlassenschaft **in natura** in Besitz zu nehmen; er kann also in Beziehung auf die Quantität des Pflichttheiles von dem Erblasser selbst unmöglich verletzt worden seyn, da ihm von demselben der bestimmte relative Theil der Verlassenschaft, den er nach dem Gesetze als Pflichttheil zu fordern berechtiget ist, wirklich auch zugedacht wurde. Wie sohin die wirkliche physische Theilung der Verlassenschaft zwischen den Noth- und Haupterben vorgenommen werden soll, damit der Notherbe nicht verletzt werde, ist eine andere Frage und diese muß nach den Grundsätzen über die Theilung in

einer gemeinschaftlichen Sache entschieden werden. Eine Kränkung des Notherben in der wirklichen physischen Zutheilung geht nicht mehr von dem Erblasser aus und ist aus dem Grunde vorliegend nicht weiter zu berücksichtigen.

Wurde aber dem Notherben der ihm gebührende Pflichttheil in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes und zwar letzteres directe oder indirecte von dem Erblasser selbst zugewiesen, dann erst gewinnt die Frage, ob der Notherbe durch diese bestimmte Zuweisung seines Pflichttheiles in der Quantität desselben verletzt worden sey, eine practische Seite. Der Notherbe erhält in diesem Falle seinen Pflichttheil nicht **in natura**, sondern er erhält eine ihm zugewiesene bestimmte Entschädigung für denselben, und diese Entschädigung muß ihrem inneren Werthe nach dem Werthe des ihm gebührenden Pflichttheiles **in natura** mindestens gleich seyn, wenn nicht von einer Verletzung in der Quantität des Pflichttheiles die Rede seyn soll.

Um nun diese Frage zu entscheiden, ist es unerläßlich den Werth des dem Notherben gebührenden Pflichttheiles und sohin auch den Werth des demselben als Pflichttheil zugewiesenen Gegenstandes der Ziffer nach zu bestimmen, und eine Vergleichung beyder Summen wird entscheiden, ob eine Verletzung des Notherben in der Quantität des Pflichttheiles in der Zuweisung eingetreten sey oder nicht; welche Handlungsweise das Gesetz eine Ausmessung des Pflichttheiles nennt.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich also bestimmt, daß eine Bemessung des Pflichttheiles, das ist eine numerische Bestimmung des Betrages desselben, nicht in allen Fällen, in welchen ein Notherbe auf den Pflichttheil beschränkt ist, eintreten müsse, sondern daß eine solche Ausmessung des Pflichttheiles dann, wenn die Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil im Allgemeinen und ohne besondere Zuweisung des Pflichttheiles in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes geschieht, also in der Regel nicht nothwendig, daß sie aber dann, wenn der Beschränkung auf den Pflichttheil noch die besondere Zuweisung desselben in einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes beygefügt wurde, also ausnahms-

weise unerläßlich sey, indem im ersten Falle nie, wohl aber im letzteren ein Zweifel entstehen kann, ob der Notherbe in der Quantität seines Pflichttheiles nicht gekränkt sey, welcher Zweifel nur durch die im Gesetze angeordnete Ausmessung in den Pflichttheil gelöset werden kann.

Das Gesetz hat auch nirgends vorgeschrieben, daß in jedem einzelnen Falle einer Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil, dieser Pflichttheil nach Vorschrift des §. 784 ausgemessen werden müsse, und dieser §. 784 des a. b. G. B. enthält seinem deutlichen Inhalte nach eben so wenig den Ausspruch, daß er in jedem Falle einer Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil in Anwendung kommen solle; derselbe enthält vielmehr durchaus nichts anderes als die Entscheidung der Frage, auf welche Art und Weise bey Ausmessung des Pflichttheiles vorgegangen werden solle. Wann diese Ausmessung zu geschehen habe, bestimmt dieser Paragraph ebenso wenig als irgend eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzbuches. Diese wichtige Vorfrage muß also aus den anderweitigen Bestimmungen des Gesetzes über den Pflichttheil entschieden werden, was eben auf eine ich glaube vollkommen genügende Weise dahin geschehen ist, daß diese Ausmessung des Pflichttheiles nur dann zu geschehen habe, wenn der Erblasser seinen Notherben nicht nur auf den Pflichttheil beschränkt, sondern ihm diesen seinen Pflichttheil noch insbesondere mit einem bestimmten Objecte oder in einer Summe Geldes zugewiesen hat. — Daß übrigens auch in einem solchen Falle die Ausmessung des Pflichttheiles dann nicht nothwendig ist, wenn der Notherbe es nicht verlangt, bedarf keiner Erwähnung, weil diese Ausmessung nur zum Schutze des Notherben angeordnet ist und er darauf als auf ein bloßes Permissionsrecht ohne Zweifel verzichten kann.

Dieß nun glaube ich ist die natürliche Gränze der Auslegung des §. 784 des a. b. G. B, daß derselbe keineswegs als Entscheidungsnorm der Frage dienen kann, ob in jedem einzelnen Falle eine Ausmessung des Pflichttheiles nothwendig sey, sondern daß derselbe lediglich die Art und Weise normire, wie bei dieser Ausmessung des Pflichttheiles zu Werke gegangen werden solle. Bey dieser Auslegung des §. 784 des a. b. G. B. kommt man auch mit keiner andern Gesetzstelle in Widerspruch, wo hingegen bey dem Be-

streben in diese gesetzliche Bestimmung mehr hineinzulegen, als in derselben wirklich normirt werden wollte, eine Collision mit anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen unvermeidlich wird. Ich glaube gewiß, daß eben darin ein Hauptgrund der Meinungsverschiedenheit lieget, und daß der aufgeworfene Zweifel nur durch die gemachte und im Gesetze gegründete Unterscheidung der Regel von der Ausnahme gehoben werden kann. Es ist eben so unrichtig zu behaupten, daß der Pflichttheil ausnahmslos in natura gefordert werden könne, als es unrichtig wäre, die Meinung aufzustellen, daß der Pflichttheilsnehmer sich mit dem Äquivalente begnügen müsse. Keine dieser beyden Arten der Pflichttheilsentrichtungen ist durchgreifend in allen Fällen anwendbar, sondern in einem speciellen Falle ist die eine, in einem andern Falle die andere an ihrem Platze, daher wohl nichts anderes erübriget, als die eine in den Principien des positiven Gesetzes gegründete Berichtigungsart als die Regel aufzustellen, und die andere auch im Gesetze aber nur für specielle Fälle angeordnete Hintanfertigungsweise als Ausnahme gelten zu lassen.

Es ist sehr leicht möglich, daß in einem und demselben speciellen Falle sowohl die nach meiner Ansicht aufgestellte Regel als auch die Ausnahme zugleich in Anwendung gebracht werden können und müssen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Erblasser seinem Notherben nicht nur im Allgemeinen auf den Pflichttheil beschränken, sondern daß er ihm noch überdieß diesen Pflichttheil in einem bestimmten Gegenstande oder in einer Summe Geldes und zwar letzteres directe oder indirecte zuweisen könne; und daß im ersteren Falle als Regel der Pflichttheil in natura und im zweyten Falle als Ausnahme im Äquivalente entrichtet werden müsse; es ist weiters gewiß, daß diese indirecte Zuweisung des Pflichttheiles in einer Summe Geldes dadurch geschehen könne, daß der Erblasser unter Beschränkung seines Notherben auf den Pflichttheil im Allgemeinen mit dem Nachlasse selbst eine solche Disposition trifft, daß eben dadurch die Zutheilung des Pflichttheiles in natura unmöglich und sohin die Entrichtung desselben in der entsprechenden Summe Geldes nothwendig wird. In der vorstehenden Erörterung wurde nun angenommen, daß diese Disposition des Erblassers sich auf den

ganzen Nachlaß beziehe, sohin die Entrichtung des ganzen Pflichttheiles in barem Gelde dadurch nothwendig herbeygeführt werde. Allein es ist auch der Fall möglich und dürfte sich wohl am häufigsten ereignen, daß der Erblasser eine solche Disposition nicht über den ganzen Nachlaß, sondern nur über einen oder mehrere Theile desselben trifft, z. B. durch Anordnung eines oder mehrerer Legate und es entsteht die Frage, was in diesem Falle Rechtens sey.

In Beantwortung dieser Frage muß man ohne Zweifel von dem Gesichtspuncte ausgehen, daß einerseits der innerhalb der gesetzlichen Schranken erklärte Wille des Erblassers in seiner Wirksamkeit aufrecht erhalten werden müsse, andererseits aber demselben in der Anwendung keine weitere Ausdehnung gegeben werde dürfe, als welche ihm der Erblasser selbst durch seine deutliche Erklärung gegeben hat. Indem nun der Erblasser in Beziehung auf einen Theil seiner Verlassenschaft eine Anordnung getroffen hat, welche in Beziehung auf eben diesen Theil des Nachlasses die Entrichtung des den Notherben hievon als Pflichttheil zukommenden Antheiles unmöglich macht, so hat diese Anordnung des Erblassers einzig nur die Wirkung, daß der Notherbe in Beziehung auf diesen Theil der Verlassenschaft seinen Pflichttheil nicht in natura fordern könne, weil die Entrichtung des Pflichttheiles in natura mit dem in gesetzlicher Form erklärten Willen des Erblassers sich nicht vereinigen läßt. —

Es liegt aber in dieser Anordnung keineswegs die weitere Wirkung, daß der Notherbe auch in Beziehung auf den andern Theil des Nachlasses seinen Pflichttheil in natura nicht fordern könne, weil der Wille des Erblassers nur in so weit und nicht weiter eine Wirkung äußern kann, als in wie weit der Erblasser ihn deutlich erklärt hat. Der Erblasser hat aber in dem gegebenen Falle seinen besonderen Willen nur in Beziehung auf einen bestimmten Theil des Nachlasses erklärt, so kann dieser erklärte Wille des Erblassers auch nur in Beziehung auf diesen bestimmten Theil des Nachlasses, nicht aber auch in Beziehung auf die übrige Verlassenschaft, auf welche diese besondere Anordnung des Erblassers nicht ausgesprochen worden ist, eine Wirkung äußern, und es muß in Beziehung auf diese übrige Verlassenschaft bey der Regel bleiben, daß der Notherbe

seinen Pflichttheil **in natura** fordern könne, indem eine Ausnahme von dieser Regel zu ihrer Rechtfertigung keinen Rechtsgrund aufweisen könnte. —

Es liegt ferner in der gedachten Anordnung des Erblassers keineswegs auch die Wirkung, daß der Notherbe, in Beziehung auf diesen Theil des Nachlasses, rücksichtlich welcher die besondere Anordnung des Erblassers besteht, von dem Pflichttheil gänzlich ausgeschlossen werden könnte, weil der Erblasser — den Fall einer im Gesetze gegründeten Enterbung ausgenommen — das Recht gar nicht hat, seinem Notherben den Pflichttheil zu entziehen, daher seinen Willen dahin auch wirksam nicht erklären könnte. Es muß also dem Notherben nothwendig das Recht zuerkannt werden, in Beziehung auf den in Frage stehenden Theil des Nachlasses seinen Pflichttheil im Äquivalente zu fordern, und es tritt die Ausnahme von obiger Regel ein, daß ihm in Beziehung auf diesen Theil des Nachlasses der nach den gesetzlichen Normen zu ermittelnde Werth des seinem Rechte entsprechenden Antheils an diesem Theile des Nachlasses von jenen Personen, die zur Entrichtung des Pflichttheiles im Allgemeinen verpflichtet sind, entrichtet werden müsse.

In diesem Falle erhält also der Notherbe von einem Theile der Verlassenschaft seinen Pflichttheil **in natura** und von dem übrigen Theile ein Äquivalent und es ist, wie gezeigt, beides im Gesetze gegründet und läßt sich recht gut vereinigen; daß der Fall selbst mehr complicirt ist, als wenn sich die erblasserische Bestimmung auf den ganzen Nachlaß bezieht, ist allerdings richtig, allein dieß ist kein Grund von der klaren Anordnung des Gesetzes und der bestimmten Willenserklärung des Erblassers ohne weiters abzuweichen.

Vorstehender Aufsatz war bereits vollendet und auch mit dem Imprimatur versehen, als mir bei Veranlassung einer öffentlichen Vertheidigung gegen diese meine hier ausgesprochene Ansicht mehrere Einwendungen gemacht wurden, welche in der Abhandlung selbst gar nicht oder nur nebenher berührt worden sind, und deren Besprechung nicht ohne Interesse seyn dürfte.

Man sagt nämlich, wenn der Werth des ganzen Nachlasses

nach Vorschrift des §. 784 des a. b. G. B. mittelst gerichtlicher Schätzung erhoben und den Pflichttheilsnehmern der seinem Rechte entsprechende aliquote Theil dieses Werthes zugewiesen und verabfolget würde, so erhalte er ja das, was ihm gebühre, indem der nach Vorschrift des Gesetzes erhobene Schätzungswerth einer Sache nach dem Gesetze der Sache selbst ganz gleichgestellt sey, somit der Notherbe dem Werthe nach wirklich so viel und nicht weniger erhalte, als er ansprechen könne, und es könne daher bei Zuweisung dieses Schätzungswerthes auch von einer Beeinträchtigung des Notherben keine Rede seyn.

Ich will nicht in Abrede stellen, daß der durch gerichtliche Schätzung erhobene Werth einer Sache nach dem Gesetze der Sache selbst gleich gehalten werde, allein demungeachtet ist es grundfalsch, daß der Notherbe auf diese Weise das bekomme, was ihm nach dem Gesetze gebühret. Im Falle der Intestaterbfolge hat er ganz gewiß das Recht auf den entsprechenden aliquoten Theil des Nachlassens in natura, dieß leidet keinen Widerspruch, — es muß ihm also nach den klaren Worten des Gesetzes im §. 765 und 766 des a. b. G. B. die Hälfte oder ein Drittheil dieses seines ihm in natura gebührenden Intestaterbtheiles also der entsprechende aliquote Theil desselben abermahls in natura zu erkannt werden, weil man sonst ewig nicht sagen kann, er habe die Hälfte oder ein Drittheil dessen bekommen, was er ab intestato erhalten hätte, sondern man könnte nur sagen, er habe den Werth von der Hälfte oder dem Drittheile dessen erhalten, was ihm ab intestato in natura zugefallen wäre. Wenn nun auch der Notherbe dem Werthe nach nicht beeinträchtiget wird, so hat er doch durchaus nicht das, was ihm der §. 765 oder 766 zu erkennet, sondern nur den Werth desselben. Der Werth einer Sache aber, wenn er noch so genau erhoben wird, ist nicht die Sache selbst, und ich sehe keinen Grund ein, warum ich mich mit dem Werthe für eine Sache zufrieden stellen solle, wenn mir das Gesetz ein Recht auf die Sache selbst einräumt. Wenn ich im gewöhnlichen Leben Jemanden die Hälfte eines Hauses, eines Grundstückes oder einer mir bereits angefallenen Erbschaft in gesetzlicher Form abtrete, so wird Niemand zweifeln, daß er berechtiget sey, diese Hälfte des Hauses, des Grundstückes oder der Erbschaft in natura zu fordern, obwohl dieses Umstandes bey

der Übertragung selbst gar nicht erwähnt worden ist. Warum will man den Ausdruck des Gesetzes mehr beschränken? warum in demselben etwas suchen, was man in den gleichen Worten, falls sie im gewöhnlichen Leben, in einem Vertrage erscheinen, gar nicht suchen würde?!

Eine weitere Einwendung ist die: Wenn der Notherbe berechtiget wäre, seinen Pflichttheil **in natura** zu fordern, so könnte er von jedem einzelnen Stücke der Verlassenschaft den ihm zukommenden aliquoten Theil ansprechen, eine Theilung jedes einzelnen Bestandtheiles der Verlassenschaft sey aber oft so gar unmöglich, und auf das mögliche Auskunftsmittel einer Feilbiethung dürfe nach ausdrücklicher Anordnung des §. 784 des Gesetzbuches gerade der Pflichttheilsnehmer nicht dringen, die practische Durchführung meiner Ansicht sey daher unmöglich, somit die Ansicht selbst nicht haltbar.

Das im §. 784 ausgesprochene Verboth auf die Feilbiethung zu dringen, kann nach meiner Meinung nur dann von Wirksamkeit seyn, wenn eine Bemessung des Pflichttheiles nach Vorschrift ebendieses Paragraphes nothwendig wird, weil dieses Verboth nur in dieser Beziehung d. i. nur bei Erhebung des Werthes der Verlassenschaft und nicht im Allgemeinen ausgesprochen worden ist, was man mir um so gewisser zugeben wird, als dieses Verboth offenbar eine Beschränkung des Notherben enthält, die strenge ausgelegt werden muß. Daß aber eine Ausmessung des Pflichttheiles nach Vorschrift des §. 784 nicht in allen Fällen nothwendig sey, daß sie nur ausnahmsweise eintrete, und somit dieser §. 784 keine allgemeine Norm für alle Fälle aufstelle, wurde in dem Aufsatze selbst schon dargethan. In den Fällen, wo der Notherbe sich mit dem Schätzungswerthe begnügen muß, wo also dieser §. 784 eine Anwendung findet, ist von einer Theilung des Nachlasses im Bezug auf den Notherben ohnehin keine Rede und er kann auf eine Feilbiethung zur Erhebung des wahren Werthes der Verlassenschaft nicht dringen. In jenen Fällen aber, wo der Pflichttheil dem Notherben **in natura** gebühret, steht er mit dem Haupterben in einer Gemeinschaft und zwar vor erwirkter Einantwortung in der Gemeinschaft jenes dinglichen Rechtes, Kraft dessen es ihnen möglich wird, das Eigenthum des Nachlasses zu erwerben und nach der Einantwortung in der Gemeinschaft des Eigen-

3 *

thumes selbst, es muß ihm der entsprechende aliquote Theil der Verlassenschaft eingeantwortet werden, er wird Eigenthümer seines Antheiles und genießt gewiß alle Rechte, die jedem Eigenthümer einer Sache zustehen, also auch das Recht nach Vorschrift des §. 841 des a. b. G. B. auf Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft und falls es nöthig ist, zu diesem Ende auch auf die Feilbiethung zu bringen, weil das nur zu einem gewissen Zwecke ausgesprochene Verboth nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden darf.

Weiters wird bemerkt: Der Erblasser gebe durch die Beschränkung seines Notherben auf den Pflichttheil deutlich zu erkennen, daß er ihn so sehr beschränken wolle, als es nach dem Gesetze nur immer möglich ist, nun sey aber die Beschränkung dann noch größer, wenn der Notherbe den Pflichttheil nicht **in natura** fordern kann, sondern nur im Äquivalente erhalte; also liege gewiß letzteres dem Willen des Erblassers näher, und da es nach meiner Ansicht von dem Willen des Erblassers allerdings abhänge, den Notherben so weit zu beschränken, daß er nur den Werth des Pflichttheiles fordern könne, so müsse man gewiß annehmen, daß der Erblasser die mehrere Beschränkung, also die Zuweisung des Pflichttheiles im Äquivalente wolle.

Einmahl, bemerke ich dagegen, ist dieß nur eine Vermuthung, welche, da ihr vom Gesetze nirgends eine Kraft beigelegt wird, hier um so weniger etwas entscheidet, als sie dem Gesetze entgegen wäre. Dann ist es ja nicht in allen Fällen gewiß, daß der Notherbe mit dem Äquivalente des Pflichttheiles schlechter daran sey, als mit dem Pflichttheil **in natura**, daß also die Anweisung des Äquivalentes eine mehrere Beschränkung sey, und insbesondere kann dieß nach der gegentheiligen Ansicht nicht behauptet werden, weil die Gegner selbst sagen, daß der durch gerichtliche Schätzung erhobene Werth des Pflichttheiles dem Pflichttheile **in natura** gleich sey. Endlich glaube ich, eben die Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil, da sie eine Beschränkung seines Intestaterbrechtes ist, müsse strenge ausgelegt und dürfe nicht weiter ausgedehnt werden, als der deutlich erklärte Wille des Erblassers und der Ausspruch des Gesetzes erlauben.

Endlich wird gesagt: Das Gesetz bediene sich immer der Ausdrücke „ausmessen,“ „abrechnen,“ „berechnen,“ „in

Rechnung bringen," „einrechnen," „Anrechnung," welche Ausdrücke deutlich zeigen, daß das Gesetz immer eine Berechnung voraussetze, die aber nur dann eintreten kann, wenn eine Ausmessung des Pflichttheiles nach dem Schätzungswerthe Platz greift, daher das Gesetz diese Ausmessung immer für nothwendig halte.

Diese in einzelnen Paragraphen hingestellten Ausdrücke sind an und für sich gewiß nicht im Stande die im Gesetze aufgestellte Definition des Pflichttheiles umzustoßen. Allein betrachtet man die Gesetzesstellen, in welchen diese Ausdrücke vorkommen, so findet man, daß sie auch in §. 790, 791, 792, 793 und 794 des a. b. G. B. enthalten sind, und daß in diesen Paragraphen nicht von dem Pflichttheile, sondern von dem Erbtheile die Rede ist; lassen also diese Ausdrücke den von Gegenseits gezogenen Schluß zu, so muß er auch in Bezug auf den Erbtheil gelten, und man muß consequent folgern, daß auch der Erbe sich mit dem Schätzungswerthe des Erbtheiles zufrieden stellen müsse, was gerade zu absurd ist. Dieser Grund beweist also zu viel, somit gar nichts. Untersucht man aber die Stellen, wo diese Ausdrücke in Beziehung auf den Pflichttheil gebraucht werden, so zeiget sich, daß diese Paragraphe lauter Fälle voraussetzen, in welchen nach meiner Ansicht ausnahmsweise eine Hintanfertigung des Notherben mit dem Schätzungswerthe, also eine Ausmessung des Pflichttheils nach §. 784 im Gesetze gegründet ist.

Gibt es

nach Oesterreichs Concurs-Gesetzen

ein jus separationis ex jure hypothecarum?

Von

Herrn Dr. J. B. Tegazzini.

Zur Erläuterung des Sinnes dieser Frage diene folgender, in dem „Juristen“ schon einmahl*) der Beurtheilung des rechtsverständigen Publicums vorgelegte Fall.

A leiht dem B 1000 fl. und läßt die ausgestellte Obligation auf dem Hause des B primo Loco intabuliren. B verkauft es an C, der ein Fabriksbestandsmann ist und außer diesem Hause kein Immobile besitzt. Nach einiger Zeit geht der Fabriksbetrieb nachtheilig für den Unternehmer, er bleibt seinen Fabriksarbeitern den Lohn schuldig und nachdem der Lohnrückstand schon 2000 fl. beträgt, bricht über ihn der Concurs aus. Das Haus wird um 2000 fl. verkauft, daher die ganze Summe durch die Vorzugspost erschöpft. Der A müßte im Falle der Einlassung in den Concurs mit seiner primo Loco intabulirten Forderung durchfallen, während er im Separationsfalle dieselbe ganz erhalten würde.

Bei diesem offenbaren Entgegenstehen des Rechtes des A und

---

*) Jahrgang 1842 Turnes Syndicus z.

der Fabriksarbeiter des **B** sey es mir erlaubt den Rechtsbestand eines solchen Separationsanspruches und die Triftigkeit der dafür angeführten Gründe zu untersuchen.

Der §. 1 der Concurs-Ordnung und das Hofdecret vom 15. Jänner 1789 Nr. 954 b. bestimmen als Object der Concursverhandlung das gesammte Vermögen des Schuldners mit alleiniger Ausnahme der, in den andern Provinzen gelegenen Realitäten. Der gemeinschaftliche Zahlungsfond ist sonach unzweideutig dahin beschränkt, daß er nebst dem übrigen Vermögen des Cridatars alle in derselben Provinz befindlichen Realitäten desselben umfasse. Das Ansinnen des Hypothekargläubigers, die ihm verpfändete, obgleich in derselben Provinz gelegene Realität der gemeinschaftlichen Concursmasse zu entziehen, erscheint sonach als offenbar den Gesetzen widerstreitend und läßt sich, wenn nicht andere, die Allgemeinheit der bezogenen Gesetze beschränkende Normen angeführt werden können, nur verwerfen. Als solche erscheint nun den Vertheidigern des Separationsrechtes folgende:

Das Eigenthum des **B** war durch die Verpfändung beschränkt. **C** hatte sonach ein beschränktes Eigenthum, dessen einer Theil auf **A** übergegangen ist, die Concursgläubiger des **B** treten nun an seine Stelle und haben nicht mehr Rechte als er, sie müssen sich daher auch die Beschränkung des Eigenthumes durch den **A** gefallen lassen, und nur der Überrest des Werthes der Realität bleibt der Vertheilung nach den Bestimmungen der Concurs-Ordnung vorbehalten. —

Es ist zwar richtig, daß der Erwerber einer, bereits verpfändeten Sache nur ein, durch die Hypothekarrechte beschränktes Eigenthum erlangt, allein hieraus kann noch nicht gefolgert werden, daß, wenn in der Folge über den Erwerber der Concurs ausbricht, nicht die Sache selbst, sondern nur der Überrest des Werthes in den Concurs einzubeziehen sey, denn

1) das a. b. G. B. bestimmt im §. 358 ausdrücklich, daß alle andern Beschränkungen als die im §. 357 genannten die Vollständigkeit des Eigenthums nicht aufheben. Der **B** blieb somit, trotz der Verpfändung seines Hauses, vollständiger Eigenthümer desselben, er übertrug das vollständige Eigenthum an **C**, die Gläubiger des Letzteren können somit nach Anordnung des Hofdec. v. 4. July 1824

Nr. 2012 das ganze Haus in Besitz nehmen, verwalten und zu ihrer verhältnißmäßigen Befriedigung verwenden, nicht bloß einen idealen Theil desselben, der in dem Werthe des nach Abzug der Hypothekarposten bleibenden Restes bestände. Das Haus bleibt immer Eigenthum des Cridatars, muß sonach als solches und nicht als idealer Werth in die Concursmasse einbezogen werden.

2) Die gegentheilige Behauptung vermengt die gesetzlich geschiedenen Begriffe des Eigenthums- und Pfandrechtes. §. 447 des a. b. G. B. erklärt das Pfandrecht für ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zusteht, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen, es ist nach §. 307 ein Recht, das Jemanden auf eine Sache, ohne Rücksicht auf gewisse Personen zusteht, durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher wird nach §. 321 das wirkliche Besitzrecht desselben erworben; aber kein §. spricht dem intabulirten Gläubiger ein Eigenthumsrecht auf jenen Theil des Werthes der Sache zu, den die intabulirte Forderung bedeckt. Das Eigenthum wird demnach durch das Pfandrecht beschränkt aber nicht getheilt, nicht unvollständig.

3) Der §. 29 der Concurs-Ordnung unterscheidet ausdrücklich ein eigenthümliches Gut von den auf ein liegendes Gut vorgemerkten Forderungen und verlangt die Anmeldung beyder Rechte — des Eigenthums und Pfandrechtes — innerhalb des festgesetzten Termines bey sonstiger Abweisung, das Hofdec. v. 7. Februar 1783 **ad b** bezieht sich auf §. 29 der Concurs-Ordnung und erklärt die Nothwendigkeit der Anmeldung einer Forderung als „auch“ unstreitig. Es ist dadurch klar, daß das Gesetz dem Pfandgläubiger nicht einmal beziehungsweise ein Eigenthumsrecht zugesteht, somit eine Analogie mit Hofdec. v. 19. August 1825, welches von der Vindicationsklage und deren alternativem Petit spricht, wegen gänzlicher Disparität des Pfand- und Eigenthumsrechtes auf das Pfandrecht keine Anwendung leiden kann.

4) Wollte man den intabulirten Pfandgläubiger als Theileigenthümer des Hauses betrachten, so müßte man auch jeden Super-Pfandgläubiger als Eigenthümer des betreffenden Idealtheiles gelten lassen und ihm das Recht zugestehen nach Hofd. v. 16. März 1811 Nr. 935 vorsichtsweise das Eigenthum anzumelden, eine Folge-

rung, die dem Begriff und der Natur der Eigenthumsklage widerspricht und das Eigenthum des Hauses als ein Convolut mehrere Eigenthumsrechte darstellt, deren eines im Umfange des andern enthalten ist — ein Bild, dessen Verantwortung die Vertheidiger des Separationsrechtes schwerlich übernehmen.

Es ist aus dem Gesagten auch ersichtlich, daß es unrichtig sey, zu behaupten, ein solcher Hypothekargläubiger habe nicht in der gewöhnlichen Art zum Concurse zu liquidiren, sondern bloß zum Zwecke der Ausscheidung seines Eigenthums anzumelden. Denn nach §. 7 der Concurs-Ordnung müssen alle, welche eine auf was immer für einem Rechtsgrunde bestehende Forderung an den Cridatar haben, dieselbe gehörig liquidiren und den Fortgang des Concurses insbesondere, also auch die Classification ihres Anspruches abwarten, welche allgemeine Vorschrift in Betreff der Hypothekargläubiger um so minder einem Zweifel unterliegen kann, als §. 17 der Concurs-Ordnung ausdrücklich bestimmt, daß in die zweyte Classe jene zu setzen seyen, welche auf das Vermögen des Verschuldeten ein Pfandrecht (**pignus** oder **hypothecam**) haben, die Hypothekargläubiger somit deutlich auf das Classificationserkenntniß verweist.

Wollte man endlich den Schluß der Vertheidiger des Separationsrechtes als richtig zugeben, so würde sich als unmittelbares Consequenz ein Resultat ergeben, dessen augenscheinliche Gesetzwidrigkeit die Falschheit des zu Grunde liegenden Schlusses zur Genüge bewährt. Ist nähmlich die in dem Hypothekarrechte liegende Beschränkung des Eigenthumes ein zulässiger Grund, die Separation der Hypothek zu verlangen, so könnte überhaupt jede verhypothecirte Sache aus der Concursmasse excindirt werden, also auch jene, auf welche der Cridatar selbst vor der Eröffnung des Concurses ein Pfandrecht bestellt hat, denn in Bezug auf die durch das Hypothekarrecht begründete Beschränkung des Eigenthumes ist es doch einerley, ob erst der gegenwärtige Besitzer das Pfandrecht eingeräumt, oder die mit dem Pfandrechte bereits behaftete Sache übernommen hat.

Als fernere Begründung des Separationsrechtes **B** führt man Folgendes an:

Im angeführten Falle ist und bleibt **B** Personalschuldner des **A**.

C ist nur ein zufälliger Inhaber des Pfandobjectes aber kein Personalschuldner des A, denn er hat keine positive Leistung oder Unterlassung zugesagt, sondern ist nur gesetzlich verbunden den A in Verfolgung seines Rechtes nicht zu hindern, der §. 443 des a. b. G. B. bewirkt keine Übertragung der persönlichen Verbindlichkeit. Ist C sonach kein Personalschuldner des A, so ist A kein Personalgläubiger, also auch kein Concursgläubiger des C. —

Der Hypothekarnehmer erscheint allerdings als ein Gläubiger des Cridatars dann nicht, wenn man das Wort Gläubiger und Schuldner in einem engeren Sinne nimmt, insbesondere unter Schuldner nur jenen versteht, der kraft einer persönlichen Verbindlichkeit einem Anderen zu einer Leistung verpflichtet ist. Es gibt aber auch eine weitere Bedeutung der Worte Gläubiger und Schuldner, wo nähmlich Gläubiger jeder genannt wird, dem ein Recht gegen einen Andern zusteht, Schuldner jeder, der zu einer Leistung (Handlung oder Unterlassung) verbunden ist.

Wenn auch nun der Hypothekarnehmer nicht Gläubiger des Cridatars im engeren Sinne ist, so macht dieß meiner Behauptung doch keinen Eintrag, weil die Gesetze, da, wo sie von den Concursgläubigern, insbesondere von ihrer Verbindlichkeit zum Concurse zu liquidiren, sprechen, immer nur den weitern Sinn des Wortes „Gläubiger“ voraussetzen. So nennt im §. 7 der Concurs-Ordnung das Gesetz alle diejenigen, welche eine Forderung an den Verschuldeten haben, Gläubiger. Daß aber unter Forderung nicht bloß Ansprüche aus Obligationsverhältnissen, sondern auch solche aus dinglichen Rechten begriffen seyn, kann um so weniger einem Zweifel unterliegen, als §. 668 des a. b. G. B. ausdrücklich der, aus einem dinglichen Rechte entspringenden Forderungen erwähnt. Ja sogar die Vindication des Eigenthums wird als eine Forderung an die Concursmasse angesehen, denn das Hofd. v. 11. September 1788 Nr. 892 sagt: Wer an eine Concursmasse unter dem Titel eines Eigenthumsrechtes eine Rechnung hat — und §. 29 der Concurs-Ordnung Jene, welche bis an den in den Edicten bestimmten Tag ihre Forderung nicht angemeldet haben, sind nicht mehr anzuhören — wenn sie auch ein eigenthümliches Gut von der Masse zu fordern hätten. —

Da nun das Gesetz das Wort Gläubiger der Concursmasse nur

im weiteren Sinne gebraucht, so muß der §. 7 der Concurs-Ordnung um so mehr auch auf den Hypothekargläubiger angewendet werden, als der §. 17 den Hypothekargläubigern im Allgemeinen die zweyte Classe zuweist, ohne dabey zu unterscheiden, ob ihnen der Cridatar nebstbey persönlich verpflichtet sey oder nicht, als das Hofd. vom 26. März 1811 Nr. 935 l. Absatz, den intabulirten Gläubiger, ohne Rücksicht auf jenen Unterschied, einen Gläubiger des Cridatars nennt, und der §. 9 der Concurs-Ordnung und das Hofd. vom 7. April 1785 Nr. 403 eben so allgemein von der besondern Vorladung der, auf eine Cridarealität vorgemerkten Gläubiger spricht.

C. Man führt endlich an: Durch die Veräußerung des Hauses in der Concursmasse werde dem intabulirten Gläubiger offenbar geschadet, er, der einen positiven Schaden erlitt, werde jenen Arbeitern nachgesetzt, welche bloß den Entgang eines Gewinnes zu beklagen hätten, zugleich werde der mächtigste Hebel des Nationalwohlstandes — der Credit — geschwächt.

Römische Rechtsregeln, wie die bezogene, hat das a. b. G. B. nicht aufgenommen, sie haben somit auch keinen entscheidenden Einfluß, übrigens ist der Entgang des Verdienstes dem Arbeiter eben so ein Nachtheil am Vermögen — nach §. 1293 des a. b. G. B. ein Schade — als der Verlust des Capitals dem Darleiher. Nicht der Act der Veräußerung ist es, der das Recht des Hypothekargläubigers aufhebt, sondern die Concurseröffnung bringt es schon mit sich, daß die Gläubiger in ihren Rechten beschränkt werden, da jeder Concurs ein Entgegenstehen mehrerer Rechte voraussetzt, die nicht alle gänzlich befriedigt werden können, sich sonach gegenseitig beengen.

Was die dabey zu beklagende Schwächung des Credits betrifft, so ist dieß wohl ein Grund für den gesetzgebenden, nicht aber für den gesetzanwendenden Juristen. Für letzteren bleibt es nur ein Wunsch, daß die Anordnung der westgalizischen G. O. §. 125 und der italienischen G. O. §. 118, welche das Vorrecht der Gläubiger der ersten Classe dahin beschränket, daß sie aus dem, mit einem besonderen Pfandrechte behafteten Gute erst nach abgefertigten Pfandgläubigern die Zahlung erhalten —

auch auf jene Provinzen ausgedehnt werde, wo die Concurs-Ordnung vom Jahre 1781 gilt.

Aber — sagt nicht schon das (Hofd.) Patent vom 5. April 1782 Nr. 40: Daß die Überlassung eines mit einem Pfandrechte behafteten Gutes, sie möge von dem Eigenthümer an einen Dritten, auf was immer für eine Art geschehen, denjenigen Gläubigern, welchen das Pfandrecht eigen ist, nicht nachtheilig seyn soll; ist dadurch nicht schon die, später in der westgalizischen und italienischen G. O. erscheinende Anordnung, wirksam ausgesprochen. Sie ist es nicht, denn um den Sinn dieser Stelle gehörig aufzufassen, muß man das citirte Patent im Zusammenhange nehmen. Es beginnt mit den Worten: Zur Vermeidung aller irrigen Folgerungen aus den §§. 83 und 324 der allgemeinen G. O. wird erklärt. Nachdem hiermit die Veranlassung zur Erlassung jenes Patentes angegeben und im ersten Absatze, die bey §. 83 der allgemeinen G. O. entstandenen Bedenken beseitigt worden, geht es im zweyten Absatze auf §. 324 der a. G. O. über, der so lautet: Wenn kein Theil 30 Tage nach der zu erheben gewesenen Schätzung der Feilbiethung angesucht hat, so ist der Kläger schuldig, das Gut um die Schätzung zu übernehmen, und der Beklagte es ihm dafür zu überlassen.

Wenn nun jenes Patent von einem möglichen Nachtheil spricht, der aus der Überlassung eines, mit einem Pfandrechte behafteten Gutes, z. B. eines Hauses für den Gläubiger entstehen kann, so muß dieser Nachtheil aus §. 324 der G. O. erklärbar seyn, aus dem er ja eine irrige Forderung bilden soll. Dieser Nachtheil bestünde aber darin, daß, weil Schätzungen wohl den Werth eines Gutes an und für sich angeben, keineswegs aber den Marktpreis berücksichtigen können, es sowohl im Interesse des Klägers liegen kann, die Feilbiethung nicht anzusuchen, als es der Geklagte im Einverständnisse mit dem Kläger unternehmen könnte, seine anderen Gläubiger unter dem Deckmantel des Rechtes um ihre Forderungen zu bringen. Dieß will nun das Patent verhüthen, indem es anordnet, daß die Tabulargläubiger durch die Unterlassung der ordnungsmäßigen Vorladung zur Feilbiethung und ihrer Vernehmung, keineswegs ihr Recht,

einen höhern als den Schätzungpreis im Wege der Licitation zu bewirken, verlieren, sondern daß sie die allenfalls schon geschehene Überlassung anulliren und auf die Feilbiethung dringen können.

In dem citirten Patente ist sonach kein Anhaltspunct für jene, welche dem Hypothekargläubiger ein Separationsrecht im Concurse vindiciren möchten.

Civilrechtsfall

als Beytrag zur Lehre über die Auslegung der Vermächtnisse.

Von

Herrn Ignaz Freudenreich,
Oberbeamten der deutschen Ritter-Ordens-Commende am Leech zu Gratz.

A unternahm in Begleitung seines Freundes **B** eine Reise in das Ausland, errichtete aber ehevor seine letzte Willenserklärung folgenden Inhaltes: „Meinem Freunde **B**, meinem Reisegefährten, vermache ich alles das, was ich bey mir habe, im Falle ich auf der Reise in ein anderes Leben abgehe. Mein Bruder **C** hingegen soll mein Universalerbe seyn.“

B kehrte in sein Vaterland zurück, während **A** nach einem sechsmonatlichen Aufenthalt in **O** einer Stadt im Auslande mit Tode abging.

In dem Nachlasse desselben fanden sich dort nebst anderen beweglichen Sachen vor: Prätiosen, Barschaften und die Stelle des baren Geldes im Umlauf vertretende öffentliche Papiere, Actien der k. k. österreichischen Nationalbank, öffentliche sowohl auf Überbringer als auch auf bestimmte Nahmen lautende Schuldverschreibungen, verbriefte und unverbriefte Privatforderungen.

B sprach nun auf Grundlage des erblasserischen Testamentes die Ausfolgung dieser sämmtlichen vermeintlich ihm **legirten** Gegenstände an, und da ihm solche von dem Universalerben **C**, der auf solche Art mit seiner angehofften Erbschaft nach seinem Bruder **A** ganz leer ausgegangen wäre, verweigert worden war, trat er ge-

gen denselben mit diesem Begehren auf dem Rechtswege klagend auf.

Die Gründe, welche den B zur Weigerung der Ausfolglassung der vorbenannten Objecte bestimmten, lagen in Folgenden:

In der Stellung des Satzes „meinem Freunde B, meinem Reisegefährten, vermache ich alles das, was ich bey mir habe, im Falle ich auf der Reise in ein anderes Leben abgehe" liegt zuerst die Bedingung ausgesprochen, daß das Legat nur dann einzutreten habe, wenn sich der Tod auf der gemeinschaftlichen mit B unternommenen Reise ereignen würde. Diese Bedingung ist nicht eingetreten. Das Ziel der gemeinschaftlichen Reise war in der Stadt O im Auslande erreicht, und B längst vor dem Tode des A in sein Vaterland zurückgekehrt. A ist nicht auf der Reise, sondern während seiner Abwesenheit vom Vaterlande, während seines mehrmonathlichen Aufenthaltes am Endepuncte seiner vollbrachten Reise gestorben. — Das genauere Festhalten an der Auslegung des Satzes: „im Falle ich auf der Reise in ein anderes Leben abgehe," wird noch mehr aufgerufen durch die beygerückte Bezeichnung des Freundes „meinem Reisegefährten" und durch den Ausdruck „alles was ich bey mir habe." Letztere Worte wendet man nur an, indem man den Zustand der Reise selbst vor Augen hat. Nur auf Reisen hat man nach dem allgemeinen Sprachgebrauche Sachen bey sich, im Wagen, zu Schiffe oder sonst, nicht aber während eines langen Aufenthaltes an einem Orte. Reisegefährte ist man nur, so lange die Reise in Gesellschaft dauert, und der Reisegefährte selbst ist, wenn man den im Ausland Gebliebenen auch noch als reisend denken könnte, nicht mehr als dessen Reisegefährte zu betrachten, sobald er aufgehört hat denselben zu begleiten. Von dem Eintritte der Legatsbestimmung könnte nur dann die Rede seyn, wenn es im Testamente hieße: „Meinem Freunde B, dem Reisegefährten meiner Reise nach O, verschaffe ich für den Fall, als ich während meiner Abwesenheit von den k. k. österreichischen Staaten mit Tod abgehen solle, alles mein Vermögen, welches ich in meiner Heimath nicht zurückgelassen, und zur Zeit meines Todes an dem fremden Orte in meinem physischen Besitze habe."

Selbst angenommen, die Bedingung der Legatsbestimmung wäre eingetreten, so folgt aus dem Ausdrucke „ich vermache alles,

was ich bey mir habe" der Anspruch des B auf das sämmtliche Habe des Erblassers nicht im Allgemeinen, und nicht in den als darin eingeschlossenen aufgezählten besonderen Gegenständen. Nach §. 655 des a. b. G. B. müssen Worte auch bey den Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen werden; nun nimmt man gewöhnlich den Ausdruck „was ich bey mir habe" für gleichbedeutend mit dem „was ich bey mir trage" und nach dieser der Natur und Sprache gemäßen Auslegung, könnte der Gegenstand dieses Vermächtnisses nur die Kleidung, Bewaffnung, die gewöhnlichen vom Erblasser getragenen Prätiosen, und dergleichen seyn, keineswegs aber große Barschaften, Staats- und Bankpapiere, Privatschuldscheine, noch weniger aber Rechte auf unverbriefte Forderungen.

Das Gesetz hat die Allgemeinheit der Ausdrücke bey Vermächtnissen möglichst und zu Gunsten der Erben beschränkt auszulegen angeordnet. Aus den Randglossen des a. b. G. B. ersieht man, daß im II. Hauptstücke desselben Vorschriften bestehen, in welcher Art die Vermächtnisse überhaupt, und von besonderer Art ausgedrückt seyn müssen, um dem Legatar ein Recht hierauf zu geben, woraus folgt, daß das Legat, wenn es nicht in der bestimmten Form hinterlassen worden ist, gar nicht bestehe. Es kommt im ganzen II. Hauptstücke des a. b. G. B. nirgends vor, wie der Ausdruck „alles, was ich bey mir habe" zu verstehen und auszulegen sey. Daher muß aus der Analogie der übrigen Gesetzesstellen, welche das Vermächtniß der einzelnen Vermögenstheile, die B als Legat in Anspruch nimmt, behandeln, die Frage beurtheilt und zunächst mit dem §. 677 des a. b. G. B. als demjenigen begonnen, welcher von dem allgemeinsten Anspruch eines Legates endet. Nach diesem Paragraphe kann ein Legatar, wenn ihm nicht ausdrücklich Gold und Silber, Schmuck und bares Geld vermacht wird, aus einer allgemeinen Anordnung hierauf nur einen Anspruch machen, wenn ihm ein Schrank, ein Kasten, eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht würde. Dieses ist aber hier nicht der Fall. — Im Testamente ist kein Ort bezeichnet, wo sich dieses alles dem B Vermachte befinden soll. Es heißt bloß „alles, was ich bey mir habe." B hätte demnach auf die vom Erblasser im Auslande hinterlassenen Prätiosen, Barschaft und die dasselbe im Umlaufe vorstellenden Papiere nur dann einen Anspruch, wenn selbe ihm entweder ausdrücklich zu-

gewiesen, oder ihm ein Schrank, ein Kasten, oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht worden wäre, und sich diese Gegenstände in dem bezeichneten Behältnisse vorgefunden hätten. Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, würden im solchen Falle nur dann dazu zu rechnen gewesen seyn, wenn sich außer denselben nichts im Behältnisse befunden hätte. — Noch viel weniger läßt sich hier ein Recht des **B** auf die unverbrieften Forderungen des Erblassers nachweisen. — Über das Vermächtniß von Forderungen sprechen die §§. 663 bis einschließig 668 des a. b. G. B. und es geht aus diesen hervor, daß wenn ein Legatar irgend eine Forderung des Erblassers als ihm legirt in Anspruch nehmen will, das Vermächtniß der Forderung ausdrücklich in der letzten Willenserklärung ausgesprochen worden seyn müsse. Insbesondere beschränkt der §. 668 des a. b. G. B. das ausgesprochene Vermächtniß aller Forderungen noch darin, daß darunter ohne näherer Bezeichnung weder die Forderung aus öffentlichen Creditspapieren, noch die auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, noch die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen begriffen seyen.

Wenn nun solche Beschränkungen selbst dann einzutreten haben, wenn ausdrücklich alle Forderungen vermacht worden sind, was ist erst Rechtens, wenn im Testamente oder der Vermächtniß-Anordnung nicht einmahl von den Forderungen die Rede ist? Wie sollte denn aus dem Ausdrucke „alles, was ich bey mir habe" abgeleitet werden können, daß dem Legatar auch alle Forderungen vermacht worden seyen!

Die Ansichten wurden im Wesentlichen auf die nachstehende Art zu bekämpfen versucht:

Expressa nocent, non expressa non nocent. Im Testamente steht es nirgends geschrieben, daß sich des Erblassers Tod auf der gemeinschaftlichen Reise, während des ununterbrochenen Beysammenseyns desselben und des **B** ereignen müsse. Es heißt darin nur: auf der Reise, nichts mehr, nichts weniger. Der Erblasser hatte sich im Auslande aufgehalten und ist auch dort gestorben. Einem k. k. österreichischen Unterthane ist aber der Aufenthalt im Auslande nur gegen dem gestattet, daß er mit einem Reisepasse versehen sey,

und im Auslande nicht über die im Passe festgesetzte Zeit verweile, widrigens er nach §. 24 des Patentes vom 24. März 1832 als im Zustande der unbefugten Abwesenheit angesehen werden würde. Nun hatte aber der Erblasser den vorschriftmäßigen Gubernialpaß, dessen Dauer zur Zeit des erfolgten Todes noch nicht abgelaufen war, und somit ist sein Zustand der gesetzlich befugten Abwesenheit, der Zustand der Reise erwiesen. Der Punct O im Ausland, wo der Erblasser sich aufgehalten und gestorben ist, kann daher unter solchen Umständen nur als ein Reiseaufenthaltsort angesehen werden, und man kann nicht anders sagen, als er ist auf der Reise gestorben. Dem Zustande des Reisens steht sprachgebräuchlich der Begriff des Zuhausesezns als Gegensatz gegenüber. Niemand wird diesemnach zu behaupten wagen, daß der Erblasser, in so lange er nicht vom Auslande in seine Heimath zurückgekehrt war, sich nicht mehr auf der Reise, sondern zu Hause befunden habe. Eben so wenig läßt sich behaupten, ein mehrmonathlicher Aufenthalt an einem Orte, Puncte der Reise sey nicht eben so gut ein Verweilen während der Reise, ein Segment, ein Zeittheil der Reise, als es die Mittagsstation, das Nachtquartier, der ein- oder mehrstündige, der eintägige, einwochentliche, einmonatliche Aufenthalt sind. Wo läge denn das Ende dieser willkührlichen Begränzung des Zustandes der Reise, wo der Anhaltspunct für eine offenbar zu enge Definition dieses Zustandes, die sowohl dem subjectiven Willen, als auch der normirenden legislativen Bestimmung entgegen ist?

Hat sich nun der Tod des Erblassers auf der Reise wirklich ereignet, so ist auch die aufschiebende Bedingung, unter welcher das Legat dem **B** zugedacht worden ist, eingetreten. — Es handelt sich ferner hier nicht darum, wie der Erblasser hätte reden sollen, sondern wie er geredet hat. Er hat aber den Satz nicht begonnen: Meinem Reisegefährten u. s. w., sondern mit den Worten: Meinem Freunde u. s. w. Dem Freunde also wollte er ein freundliches Merkmahl der Erinnerung hinterlassen, nicht aber dem bloß mehrmonathlichen Reisegefährten. Die Beziehung des Freundes zugleich als dermahligen Reisegefährten war nur ein dem Erblasser durch die bevorstehende Reise eingegebenes Epitheton.

Was den Umfang des im Testamente bestimmten Legates betrifft, so ist allerdings der §. 655 des a. b. G. B. auf den vorlie-

genden Fall anzuwenden. Denn hierin sind die allgemeinen Anordnungen über die Auslegung der Vermächtnisse enthalten.

Da nun der Gesetzgeber will, daß vor allem der gesetzmäßig erklärte Wille des Erblassers in Erfüllung gehe, die Worte aber jene Zeichen sind, durch welche dieser Wille zu erkennen gegeben wird, so hat er angeordnet, daß diese Zeichen, so wie überhaupt, so auch bey Vermächtnissen, in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen und ausgelegt werden sollen.

Es ist dieß aber etwa keine besondere bloß für Vermächtnisse erflossene Norm, sondern der Gesetzgeber hat nur die bereits im §. 6 des a. b. G. B. kundgegebenen allgemeinen Auslegungsregeln auch auf Vermächtnisse angewendet wissen wollen, und obwohl sich dieß ohne einer derogirenden Anordnung von selbst verstanden hätte, so hat er doch im Anbetrachte der so häufig dießfalls entstehenden Streitigkeiten zur Beseitigung jedes etwa entstehenden Zweifels die bereits im §. 6 des a. b. G. B. als allgemeine Anordnung aufgestellte Auslegungsregel in dem von den Vermächtnissen handelnden Hauptstücke, jedoch mit ausdrücklicher eben durch das Wörtchen „auch“ ausgedrückten Beziehung auf jenen früheren Paragraph wiederhohlt. In jenem §. 6 des a. b. G. B. nun, so wie in dem darauf folgenden §. 7 sind die Regeln der Hermeneutik, und zwar nach derselben Stufenfolge, in der sie bey Interpretationen angewendet werden sollen, aufgezählt. Nach dieser Vorschrift muß zuerst auf die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange gesehen werden, d. h. man muß mit der grammaticalischen Auslegung beginnen, weil doch angenommen werden muß, daß jedermann die Worte, die er angewendet hat, um seine Gedanken mitzutheilen, so gebraucht habe, daß er voraussetzen konnte, er werde bey Anderen eben dieselben Vorstellungen erwecken, die er selbst hatte. Da aber die Mittheilung zusammenhängender Begriffe durch die Sprache nicht auf einmahl, sondern nur nach und nach geschehen kann, so enthält das Einzelne nur durch den Zusammenhang des Ganzen seine richtige Bedeutung, und daher ist auch als erste Auslegungsnorm „die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange“ vorgeschrieben worden.

Der Ausdruck, „was ich bey mir habe“ kann nicht gleichbedeutend mit jenem angenommen werden „was ich bey mir trage.“ Das

Subject „ich“ muß hier im Zustande der Reise gedacht werden, da die Worte sonst aus dem inneren Zusammenhange gerissen werden würden. Nun ist es aber geradezu unrichtig, daß man alles das, was man auf der Reise bey sich hat, auch bey sich trage, außer etwa in dem hier nicht eintretenden Falle des **„omnia mecum porto.“**

Behaupten wollen, daß in dieser Beziehung haben und tragen identische Begriffe seyen, würde auf die Absurdität führen, daß man alles das, was man auf Reisen bey sich hat, auch bey sich trägt, was doch gar zu unbequem wäre, da man nach dieser Auslegung alle Kleider, Wäsche ꝛc. übereinander und gleichzeitig bey und an sich tragen müßte. Dem **B** wurde alles vermacht, was der Erblasser auf der Reise mitnahm, bey sich hatte. **B** ist daher berechtigt die Totalität dieser Sachen nach ihrem ganzen Umfange als das ihm zustehende Legat, da die Bedingung, unter welcher ihm dasselbe zugedacht wurde, eingetreten ist, anzusprechen, ohne daß ein wie immer Nahmen habendes Object dieser Totalität entzogen, dieselbe geschmälert und deren **status quo**, wie selber zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen war, verändert werden dürfte.

Die Randglosse des a. b. G. B. vom 1. Juny 1811 hat keine Geltung. Denn der 10. Absatz des Kundmachungspatentes erwähnt mit keiner Sylbe von der Randglosse; selbe wurde durch keine nachträgliche Verordnung zum Gesetze erhoben. Bey uns ist daher der römische Grundsatz: **quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia** verworfen. Nur der Text des Gesetzes hat Geltung. Der Gesetzgeber, der den Vermächtnissen ihrer Bedeutsamkeit wegen in der Lehre vom Erbrechte ein eigenes Hauptstück gewidmet hat, ließ nun nach den im §. 655 des a. b. G. B. angeordneten bey Vermächtnissen zu beobachtenden allgemeinen Auslegungsregeln noch einige besondere nach Verschiedenheit der am gewöhnlichsten vorkommenden Vermächtnisse folgen. Man würde ihm daher sehr nahe treten, wenn man glaubte, er habe mit den gegebenen besonderen positiven Auslegungsregeln alle mögliche Fälle, die bey Vermächtnissen Statt finden können, erschöpfen, und sich in das Gebieth einer ihm fern gebliebenen Casuistik verlieren wollen.

Daß er dieß nicht wollte, gehet eben daraus hervor, daß er die allgemeinen Auslegungsregeln den besonderen vorausschickte. Hätte er die Absicht gehabt, alle möglicherweise eintre-

tenden speciellen Fälle besonders zu normiren, wozu dann allgemeine Auslegungsregeln?

Die besonderen Auslegungsregeln sind demnach nur positive Bestimmungen, wie der Gesetzgeber gewisse einzelne, gegebene Vermächtniß-Arten ausnahmsweise und abweichend von den allgemeinen Auslegungsregeln normirt und beschränkt wissen wollte.

Vermächtnisse daher, die sich nicht unter diese aufgezählten Arten genau einreihen lassen, müssen nicht nach der Analogie dieser speciellen Fälle, sondern nach den allgemeinen Auslegungsregeln erklärt und gedeutet werden. **Exceptio firmat regulam pro casibus non exceptis.** Es kann daher, weil im **II.** Hauptstücke des a. b. G. B. nirgends vorkommt, wie der Ausdruck „alles, was ich bey mir habe" zu verstehen und auszulegen sey, keineswegs behufs der Auslegung dieses Satzes zur Analogie Zuflucht genommen werden, sondern diese Art eines Vermächtnisses muß vielmehr als nicht besonders ausgenommen nach den allgemeinen Auslegungsregeln gedeutet werden. Nun bestimmen aber die in §. 655 und rücksichtlich §. 6 des a. b. G. B. enthaltenen allgemeinen Auslegungsregeln, daß vor Allem die grammatische Auslegung Platz zu greifen habe, folglich müssen auch die die Legats-Einsetzung enthaltenden Worte: alles, was ich bey mir habe, als eine letztwillige ein Vermächtniß enthaltende Anordnung grammatisch ausgelegt, und somit in dem Sinne des von **B** gestellten Begehrens gedeutet werden.

Meinung.

Bey der Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles handelt es sich um die Beantwortung der Fragen:

a) Ist der Erblasser wirklich auf der Reise gestorben, und daher die Bedingung, unter welcher derselbe seinem Freunde **B**, seinem Reisegefährten, ein Legat bestimmen wollte, eingetroffen oder nicht?

b) Welches ist dann im Falle, als die ebengestellte Frage bejahend entschieden werden sollte, der eigentliche Umfang des dem **B** bestimmten Legates?

ad a. Der Erblasser war mit einem Reisepasse in das Ausland versehen. Es muß demnach angenommen werden, daß er wirklich die Absicht gehabt habe nach Auslauf des im Reisepasse aufgestell-

ten Reisetermines wieder in seine Heimath zurückzukehren. Das Wort Reisen würde in seinem Begriffe offenbar zu enge beschränkt, wenn man unter demselben nur den Zustand der ununterbrochenen Fortbewegung eines Menschen von einem Orte zum andern verstehen wollte. Denn bey jeder Reise, insbesonders bey einer weiteren, gibt es zeitweilige Aufenthaltspuncte, ohne daß dieserwegen die Reise unterbrochen oder jedesmahl beendet angesehen werden kann. Ob ein solcher temporärer Aufenthalt kürzer oder länger dauert, entscheidet nichts, wenn der Aufenthaltsort nicht zum wirklichen Wohnsitze gewählt worden ist. Diesemnach ist ein Reisender, der nicht mit der Absicht zu übersiedeln oder auszuwandern fortgegangen ist, so lange auf der Reise, bis er in seinem ordentlichen Wohnsitz wieder anlangt.

Nach dieser Darstellung war also der Erblasser, ungeachtet seines längeren, jedoch nur zeitweiligen Aufenthaltes in der Stadt **O** des Auslandes noch auf seiner Reise begriffen, als ihn der Tod daselbst erreichte. Er ist mithin auf der Reise in ein anderes Leben abgegangen, und der Fall ist eingetreten, für welchen er seinem Freunde **B**, seinem Reisegefährten, ein Legat zugedacht hatte. Der Umstand, daß Letzterer zur Zeit des eingetretenen Todfalles des **A** nicht mehr mit ihm auf der Reise war, ist unerheblich. Denn der Testator wollte mit dem beygefügten Worte „Reisegefährte" offenbar nur die Person des Legatars näher bezeichnen, nicht aber die einschränkende Bedingung festsetzen, daß dem Freunde **B** das vermeinte Legat nur damahls zukommen solle, wenn er zur Zeit des Todes des **A** noch sein Reisegefährte seyn würde.

ab d. Die Auslegung des streitigen Testamentsabsatzes stellt sich unverkennbar als schwierig dar, weil errathen werden solle, was der Testator sich beym Niederschreiben dieser Testamentsstelle gedacht haben möge.

Wie im Eingange dieses Aufsatzes bereits erwähnt wurde, hat der Erblasser seinen Bruder **C** in dem fraglichen Testamente als Universalerben eingesetzt. Aus diesem Umstande muß gefolgert werden, daß der Testator seinen Bruder und ernannten Universalerben nicht bloß zum Testaments-Executor bestellen, sondern ihm einen nahmhaften Theil seines Vermögens zuwenden wollte. Wenn dem **B** alle jene Gegenstände, die er nach Inhalt seines Klagsbegehrens anspricht, zugesprochen werden sollen, so würde dieß die nothwendige Folge nach

sich ziehen, daß der eingesetzte Universalerbe leer ausgehen würde; was unmöglich die Absicht des Erblassers gewesen seyn konnte.

Nach §. 558 des a. b. G. B. ist in Fällen, wo ein Erblasser sich verrechnet hat, die Theilung auf eine Art vorzunehmen, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das möglichste erfüllt wird. Dieser Ausspruch dürfte nach Vorschrift des §. 7 der Einleitung zum a. b. G. B. auch für den Fall Anwendung finden, wenn der Erblasser sich unbestimmt ausgedrückt hat; demnach dürfte im vorliegenden Falle der Ausdruck „Alles, was ich bey mir habe," so ausgelegt werden müssen, daß die Einsetzung des C zum Universalerben von Wirkung sey.

Die im §. 677 des a. b. G. B. enthaltene Auslegungsregel bey Vermächtnissen bestimmt, daß wenn ein Schrank, ein Kasten oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht ist, dazu auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, selbst die von dem Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, nur dann dazu gerechnet werden, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet.

Der vorliegende Fall ist jenem, worüber diese Gesetzesvorschrift entscheidet, ganz analog. Denn ein Behältniß mit allen darin befindlichen Sachen bezeichnet das Verhältniß der jeweiligen Aufbewahrung der Sachen, und eben so auch der Ausdruck: alles das, was ich bey mir habe. Der Erblasser hat nähmlich anstatt der speciellen Benennung der dem **B** vermachten Sache, diese mit Bezug auf das Verhältniß seiner Reise bezeichnet. Demnach können dem **B** als Legat nur gebühren: die beweglichen Sachen, welche der Erblasser auf seiner Reise und eigentlich bey seinem Tode bey sich hatte, mit Einschluß des Goldes und Silbers, des Schmuckes, baren Geldes, und der die Stelle des baren Geldes im Umlaufe vertretenden öffentlichen Papiere mit Ausschluß jedoch der Schuldscheine oder Urkunden, worauf sich Forderungen oder Rechte des Erblassers gründen; folglich gebühren ihm weder die Actien der k. k. priv. Nationalbank und nicht die österreichischen oder ausländischen öffentlichen auf Überbringer oder sonst auf einen bestimmten Nahmen lautenden Schuldverschreibungen, noch die verbrieften oder unverbrieften Privatforderungen.

Rechtsfall.

Von

Herrn Jos. Schönberger,
Doctor der Rechte.

Im November 1839 überreichte Kläger **A** wider Geklagten **B** bey dem Landrechte zu **X** ein Gesuch um Bewilligung des provisorischen Arrestes, dessen wesentlicher Inhalt folgender war:

Ich hatte im Jahre 1834 einen Betrag von 12,000 spanischen Piastern in 4% Vales mit Coupons vom 1. October 1834 gegen einen Vorschuß bey dem Banquier **G** in **H** deponirt. In der Absicht, dieselben zu verkaufen, bevollmächtigte ich den Gegner, sie gegen Berichtigung des hierauf haftenden Vorschusses zu beheben und sodann mir nach **D** einzusenden oder zu überbringen. Gegner behob die Papiere, was er auch in dem ·/. Briefe bestätigte, allein er brachte mir sie weder, noch schickte er sie mir, sondern ersuchte mich zu wiederholten Mahlen um Geduld.

Später verschwand der Gegner ganz aus meinen Augen, bald hörte ich, daß er in London sey, ich reiste dahin, fand aber einen andern gleichen Nahmens, bald, daß er in Paris sey, und so verfolgte ich durch 4 Jahre seine Spur, bis ich endlich erfuhr, daß er hier in **X** sey.

Meine Forderung an den Gegner beträgt circa 24,000 fl. C. M., mit welcher ich offenbar gefährdet bin, ich bitte daher um Bewilligung des provisorischen Personal-Arrestes.

Dieser angesuchte provisorische Arrest wurde zwar gegen Caution bewilliget, jedoch aus dem Grunde nicht vorgenommen, weil bey der Zustellung der gerichtlichen Verordnung zwischen **A** und **B** rücksichtlich ihrer Forderungen und Gegenforderungen ein Vergleich zu Stande kam, in Folge dessen **B** an **A** sogleich bar 10,000 fl. C. M. zahlte und noch einen Schuldschein ausstellte, in welchem er bestätigte, dem **A** auf die ihm von diesem anvertrauten Summen in Staatspapieren und barem Gelde nach Abrechnung eines Guthabens und einer geleisteten Abschlagszahlung noch einen Betrag von 14,000 fl. C. M. aufrecht schuldig zu seyn, — und sich verpflichtete diesen Betrag in vier Raten und zwar zu Johanni und Weihnachten der Jahre 1840 und 1841, die erste mit 2000 fl. C. M., ohne alle Einwendung, und ohne eine wie immer Nahmen habende Gegenforderung entgegenzusetzen, in **X** um so gewisser zu zahlen, als sonst der Gläubiger berechtigt seyn soll, gleich und auf einmahl den ganzen Betrag einzufordern.

Da schon die erste Rate am bestimmten Tage nicht bezahlt wurde, so überreichte **A** am 6. Juli 1840 eine Klage auf Zahlung des ganzen Schuldbetrages pr. 14,000 fl. C. M. binnen 14 Tagen und bat um Anordnung einer Tagsatzung.

Excipiendo erwiedert der Geklagte:

Es sey unwahr, daß er dem Kläger für anvertraute Summen in Staatspapieren und barem Gelde einen Betrag von 14,000 fl. C. M. schuldig geworden sey, und daß ihm vom Kläger je bares Geld zugezählt oder anvertraut worden, welcher Widerspruch durch das Allegat des ./. Arrestgesuches sich rechtfertige.

Das wahre Rechtsverhältniß zwischen beiden bestehe darin, daß er vom Kläger für ihm bar schuldige 8941 niederländische Gulden eine Prämien-Verschreibung auf 100 Stück holländische Integralen, und am 26. November 1834 12,000 spanische Piaster mit Coupons vom 1. October 1834 als Unterpfand erhalten habe.

Durch den provisorischen Arrest, dessen Folgen er nicht kannte, in natürliche Verlegenheit gebracht, sey ihm der Schuldschein der Klage abgelockt worden, bey dessen Ausfertigung er gleichzeitig dem Kläger einen Betrag von 10,000 fl. C. M. bar zugezählt habe; er habe aber in Gegenwart des klägerischen Rechtsfreundes erklärt,

daß er bereit sey, den Betrag von 24,000 fl. C. M. gegen dem zu depositiren, daß der Kläger seine Forderung im Justificirungsprocesse austrage und trage über diesen Umstand dem Rechtsfreunde des Gegners, dem Kläger selbst aber den Haupteid darüber auf, daß er vom Kläger außer einer Prämienverschreibung und 12,000 spanischen Piastern eine andere Valuta oder etwas im Baren eingehändigt, zugezählt oder angewiesen erhalten, — und daß er dem Kläger zur theilweisen Befriedigung bey Ausstellung des Schuldscheins nicht 10,000 fl. C. M. bar bezahlt habe.

Hierauf folgt eine Berechnung des Werthes der erwähnten Staatspapiere mit den Interessen, über deren Richtigkeit der Beweis durch Kunstverständige angebothen wird, und die Behauptung, daß aus der Gegeneinanderhaltung der Gesammtforderung des Klägers mit der auf die Beylage ·/. des angeschlossenen Arrestgesuches Nr. 1. begründeten Gegenforderung des Geklagten sich für den Kläger über Abzug bezahlter 10,000 fl. C. M. eine Forderung von 3046 fl. C. M. ergebe, welche dieser an jenen am 26. November 1839 zu stellen hatte, und daß darin die wahre Schuld des Geklagten bestehe.

Sonach bestreitet der Geklagte mit Berufung auf den §. 1001 des a. b. G. B. die Beweiskraft des Schuldscheins der Klage auch wegen Mangelhaftigkeit der innern Form, indem in demselben die Valuta nicht klar angegeben, weder die Gattung und Zahl der Staatspapiere noch die Summe der angeblichen Barschaft und der geleisteten Abschlagszahlung benannt sey, und stellt nach diesen peremtorischen Einwendungen dem Klagsbegehren auch die dilatorische Einwendung entgegen, daß er im schlimmsten Falle nicht zur Zahlung der ganzen Summe von 14,000 fl. C. M. verhalten werden könne, da er mit den stipulirten Raten keineswegs in mora sey. Zur Begründung dieser letztern Einwendungen beruft sich der Geklagte auf den Inhalt des Schuldscheins, in welchem die Zahlung in W. allgemein ohne Beysetzung eines Domicils stipulirt war und gibt an, bey dieser Unbestimmtheit das Geld am Verfallstage der ersten Rate in seiner Wohnung bereit gehalten zu haben, abwartend, ob sich der Kläger oder ein von ihm zum Geldempfange legitimirter Bevollmächtigter melden werde, und habe sodann am 7. July 1840 einen

Betrag von 3400 fl. C. M. **ad evitandam custodiam** gerichtlich deponirt.

Da kein Gesetz den Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger das Geld ins Haus zu tragen; dieß hier aber auch aus Verschulden des Klägers nicht möglich war, da ferner der §. 1425 a. b. G. B. den Schuldner nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, das Geld gerichtlich zu erlegen, — so sey es über allen Zweifel, daß die Wohlthat der Terminzahlung nicht verwirkt sey.

Schließlich bittet er um Erkenntniß, er sey im äußersten Falle statt der eingeklagten Summe von 14,000 fl. C. M. bloß einen Betrag von 3046 fl. C. M. sammt 5 % Interessen vom 36. November 1839 zu zahlen schuldig.

Replicando widerspricht der Kläger, daß dem Geklagten der Schuldschein **A** abgelockt worden sey, daß derselbe sich bereit erklärt habe, den Betrag von 24,000 fl. C. M. gegen dem zu depositiren, daß Kläger seine Forderung im Justificirungsprocesse austrage, ferner die Richtigkeit der Berechnung, — so wie, daß sich aus einer Gegeneinanderhaltung der Gesammtforderung des Klägers mit der Gegenforderung des Geklagten für den ersteren eine Forderung von 3046 fl. C. M. ergebe, und daß darin die wahre Schuld des Geklagten bestehe. Hierauf berichtigt und ergänzt der Kläger die Erzählung der der Ausstellung des Schuldscheins zur Veranlassung dienenden **facta** im Wesentlichen dahin: Im Jahre 1834 habe er bey dem Banquier **G** in **H** spanische Vales im Betrage von 12,000 Piaster mit dem Auftrage deponirt, sie bey günstigem Curse zu verkaufen.

Da jedoch bald hierauf das Gut seines Onkels, auf dem für ihn eine bedeutende Summe haftete, der Subhastation nahe war, habe er all' seine Habe zusammengerafft, um nöthigenfalls das Gut selbst kaufen zu können. Unter diesen Umständen sey ihm das Anerbiethen des Gegners, die auf seinen Vales haftenden Schulden bey **G** in **H** zu bezahlen, und ihm die Papiere persönlich nach **D** zu überbringen, sehr gelegen gekommen; er habe es daher auch angenommen, dem Gegner auch noch eine Prämien-Verschreibung auf 100 Stück holländische Integralen zu übergeben, um sie für seine Rechnung zu verkaufen und ihm sonach das dafür erhaltene Geld sammt den Vales nach **D** zu bringen. Sogleich habe er an **G** in **H**

die Ordre gegeben, dem Gegner seine Vales auszuliefern, worüber sie von demselben auch wirklich behoben worden seyen.

Durch das lange Ausbleiben des Gegners beunruhigt, habe er denselben wiederholt in seinen Briefen an seine Pflicht gemahnt, auf welche ihn derselbe um weitere Fristen zur Zurückstellung der Vales unter allerlei Vorwänden ersuchte.

Die Wahrheit dieser Umstände suchte der Kläger auf eine schriftliche Bestätigung und ein Schreiben des Geklagten zu gründen.

Da der Gegner weder selbst kam, noch die Papiere einschickte, so habe er sich auf die Reise gemacht, um selben aufzusuchen; lange sey sein Nachforschen vergebens gewesen, denn bald war der Gegner in London, bald in Paris, so, daß er ihn durch vier Jahre verfolgte, bis er endlich in Erfahrung brachte, daß derselbe sich in **W** befinde. Hier sey es ihm gelungen, selben zu treffen und schnell den provisorischen Arrestes zu erwirken; es sey jedoch zur wirklichen Vornahme des Arrest nicht gekommen, weil Kläger den dringenden Bitten des Gegners einen Vergleich mit ihm abzuschließen nachgegeben habe. Kläger habe sodann eine Berechnung gemacht in Abschrift **sub E** an Capital, Interessen, Reisekosten und von dem dadurch erlittenen Schaden, daß er durch die Verzögerung des Gegners nicht im Stande war, das ihm als Hypothek einer bedeutenden Summe verschriebene Gut seines Onkels zu erstehen und dadurch mit seiner Forderung leer ausging, — wornach sich seine Forderung an den Gegner im Betrage von **circa** 30,000 fl. C. M. herausstellte. Mit dieser Berechnung vollkommen einverstanden habe sich der Gegner mit ihm dahin verglichen, in Allem und Jedem 24,000 fl. C. M. in der Art zu bezahlen, daß 10,000 fl. C. M. dem Kläger sogleich zugezählt, über den Rest per 14,000 fl. C. M. aber ein Schuldschein mit der Stipulation ausgestellt werde, diese 14,000 fl. C. M. in Raten zu Johanni und Weihnachten der Jahre 1840 und 1841 so gewiß zu berichtigen, als sonst die Termine verwirkt seyn sollen; hierauf habe der Gegner ihm 10,000 fl. C. M. zugezählt und den Schuldschein **A** der Klage ausgestellt.

Über die Aufforderung von Seite des Geklagten zur Abschließung eines Vergleiches und über die Art, wie dieser und der Schuldschein zu Stande kam, trägt Kläger dem Geklagten den Haupteid

auf und erbiethet sich zugleich, zu schwören, daß er diese neuen Umstände in der Klage nicht geflissentlich verschwiegen habe.

Ganz wirkungslos wäre auch die Erklärung des Gegners, wenn er sie per inconcessum abgegeben hätte, einen Betrag per 24,000 fl. C. M. zu erlegen gegen dem, daß des Klägers Anspruch im ordentlichen Justifizirungsprocesse liquidirt werde, denn von dem einmahl abgeschlossenen Vergleiche kann ein Theil einseitig nicht mehr zurücktreten. Überdieß sey es gerichtsordnungwidrig, über diesen Umstand dem Vertreter des Klägers den Haupteid aufzutragen.

Bey solchem Sachverhalte zerfalle die der Rechtsbeständigkeit des Schuldscheins gemachte Einwendung der Ablockung in Nichts, da dessen Ausstellung aus des Gegners freyem Willen und in Erfüllung des auf seinen dringenden Vorschlag eingegangenen Vergleiches hervorgegangen sey.

Was die Form des Schuldscheins betrifft, so sey selber keineswegs nach §. 1001 des a. b. G. B. zu beurtheilen, da dieser nur bey Schuldverschreibungen über ein gegebenes Darlehen in Anwendung zu kommen hat; die causa debendi im vorliegenden Falle sey aber nicht die Zuzählung einer Summe Geldes unter der Bedingung, nach einer bestimmten Zeit eben so viel von derselben Gattung und Güte zurück zu zahlen, — sondern das Anvertrauen von Staatspapieren und barem Gelde. Zur Beweiskraft einer Schuldverschreibung aber, die über kein Darlehen errichtet wird, genüge die Angabe der causa debendi und die Beobachtung der in dem §. 114 der a. G. O. enthaltenen Förmlichkeiten.

Der Vorwurf aber, daß die Valuta überhaupt nicht klar angegeben sey, treffe mehr den Gegner als Errichter des Schuldscheins, da nach §. 915 a. b. G. B. eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile des Ausstellers der Urkunde erklärt wird.

Da wider die Beweiskraft des Schuldscheins weder rücksichtlich seines Ursprungs noch seiner innern oder äußern Form etwas Gegründetes vorgebracht werden konnte, so sey der Gegner durch denselben rechtlich gebunden, woraus folge, daß die excipiendo gemachte Berechnung ganz gleichgiltig, und der über ihre Richtigkeit angebothene Beweis durch Sachverständige ganz unentscheidend sey.

Endlich sucht der Kläger auch die dilatorische Einwendung als

grundlos darzustellen. Durch den Schuldschein habe der Gegner sich verpflichtet, zu Johanni 1840 eine Rate per 2000 fl. C. M. bey sonstigem Terminsverluste zu bezahlen, und sey daher nicht berechtigt gewesen, mit der Zahlung zu warten, bis er dazu aufgefordert werde, indem es nach §. 1334 a. b. G. B. im Falle einer durch Vertrag bestimmten Zahlungszeit keiner Einmahnung bedarf; **dies interpellat pro homine.** Da keine Zahlung am bestimmten Tage erfolgte, so sey der Gegner unstreitig **in mora**, welche durch die angebliche und widersprochene Bereithaltung der schuldigen Summe in seiner Wohnung, die durch kein Gesetz einer Zahlung gleich gestellt wird, — keineswegs sanirt würde. Die Folge der **mora** sey aber zufolge der Vertragsbestimmung der Verlust der Wohlthat der Terminszahlung.

Wenn es auch wahr wäre, daß der Gegner wegen Mangel der Angabe eines Domicils im Schuldscheine nicht wußte, an wen er in **W...** zu zahlen habe, — so sey er nichts desto weniger im rechtswidrigen Verzuge, denn der §. 1425 des a. b. G. B. gab ihm einen Fingerzeig, durch die gerichtliche Depositirung des schuldigen Betrages sich vor den üblen Folgen der **mora** zu wahren, indem es unter andern Fällen die Depositirung auch dann gestattet, wenn der Gläubiger abwesend ist, und dieselbe die Stelle der wirklichen Zahlung vertreten läßt. Wahr sey es, daß das Gesetz den Schuldner zur Depositirung nicht zwinge oder verhalte, sondern sie ihm nur gestatte, — aber eben so wahr sey es auch, daß, wenn der Schuldner sich dieser Gestattung nicht bedient, er sich auch die üblen Folgen der **mora** gefallen lassen müsse. Der Kläger wiederhohlte somit sein Klagsbegehren.

Duplicando nimmt der Geklagte als eingestanden an, daß die Staatspapiere ihm als Pfänder übergeben wurden und deducirt daraus, daß er auch nicht verpflichtet gewesen sey, dieselben vor der Befriedigung mit seiner eigenen Forderung an den Kläger herauszugeben; — weiter aber widerspricht er die Wahrheit sämmtlicher **replicando** angeführten Umstände mit einziger Ausnahme der Ausfertigung der Schuldurkunde und der Zuzählung von 10,000 fl. C. M. an den Gegner, stellt jedoch dabey in Abrede, daß die eine oder die andere in Folge der Erfüllung eines Vergleiches und über eine vom Gegner gemachte Berechnung geschehen

hen sey, welcher Widerspruch rücksichtlich der letztern sich schon aus den gegentheiligen Allegaten rechtfertige, indem das Datum der Ausstellung des Schuldscheins (26. November 1839) verglichen mit dem der vom Gegner allegirten Berechnung (29. November 1839) zeige, daß diese von oder bey Ausfertigung der Schuldurkunde nicht vorliegen konnte.

Sodann sucht der Geklagte darzuthun, daß durch Ausstellung der Schuldurkunde keine dieser zu Grunde liegende Verbindlichkeit nicht geändert worden sey, — daß der Kläger **replicando** den Klagegrund geändert habe, — endlich, daß die Bestimmungen des §. 1001 a. b. G. B. für alle Schuldverschreibungen gelten.

Nachdem der Gegner auf eine angeblich für anvertraute Staatspapiere und bares Geld zu stellende Forderung per 24,000 fl. C. M. den provisorischen Arrest bewilligt erhielt, wollte er von dessen Vornahme nur gegen dem abstehen, daß ihm sogleich bar 1000 fl. C. M. zugezählt und ein Schuldschein per 14000 fl. C. M. ausgestellt werde, so, daß zur Vermeidung desselben kein anderer Ausweg übrig blieb, als sich seinem Begehren zu fügen. Die Zuzählung der baren 10,000 fl. C. M. und die Ausstellung des Schuldscheins der Klage geschah also bloß rücksichtlich jener angeblichen Forderung per 24,000 fl. C. M., wegen welcher dem Kläger der provisorische Arrest bewilligt wurde, mit welchem Sachverhalte sowohl der Inhalt des Schuldscheins, in welchem die angebliche Depositirung von Staatspapieren und barem Gelde als **causa debendi** aufgeführt ist, als auch das Begehren der Klage vollkommen übereinstimmt.

Aus dieser Combination ergibt sich, daß in dem Arrestgesuche und dem Schuldscheine derselbe Gegenstand vorkomme und beyden dieselbe **causa debendi** zu Grunde liege, — daß folglich in diesem nur das Wo, Wann und Wie, der Erfüllung näher bestimmt wurde. In solchen Fällen wird aber nach §. 1379 a. b. G. B. selbst durch Ausstellung eines Schuldscheins keine Novation begründet. Ist aber durch Ausstellung des Schuldscheins keine neue Hauptverbindlichkeit begründet worden, ist die alte Verbindlichkeit nicht gelöst, sondern nur durch die Abschlagszahlung per 10,000 fl. C. M. theilweise aufgehoben worden, so können alle schon vor Ausstellung des Schuldscheins zugestandenen Einwendungen auch noch nach dessen Ausstellung mit Wirkung angebracht werden. Es wird

daher die excipiendo gemachte Einwendung, daß die wahre Forderung des Gegners keineswegs den Betrag von 24,000 fl. C. M. oder mit Rücksicht auf die bereits geschehene Abschlagszahlung den Betrag von 14,000 fl. C. M., sondern nur die Summe von 3046 fl. C. M. erreiche, sowie der darüber angetragene Beweis allerdings berücksichtigt werden müsse.

Der Gegner sucht sein Klagsbegehren dadurch zu rechtfertigen, daß er replicando auch einen Ersatz für angebliche Reisekosten und sonstigen Schaden in Anspruch nimmt, was jedoch offenbar eine Änderung des genus actionis ist, worauf nach §. 49 der a. G. O. keine Rücksicht genommen werden darf. Aus diesem Grunde ist auch der über eine angeblich bey Unterziehung des Schuldscheins gemachte und replicando gelegte Berechnung, worin er auch einen Schadenersatz in Anschlag bringt, aufgetragene Haupteid gänzlich unentscheidend, überdieß aber auch wegen der Unbestimmtheit der auf circa von 30,000 fl. C. M. angesetzten Summe unzulässig.

Auf diese Einwendung könnte aber erst dann abgegangen werden, wenn der Schuldschein der Klage eine Beweiskraft hätte. Da er jedoch, wie bereits excipiendo erwähnt, wegen mangelhafter inneren Form keinen Glauben verdient, so ist Kläger mit seinem Begehren gänzlich abzuweisen.

Die Behauptung des Klägers, daß auf den Schuldschein der §. 1001 a. b. G. B. nicht anwendbar sey, ist völlig unrichtig, denn, wenn auch der Eingang dieses §. nur von Schuldverschreibungen über ein Darlehen spricht, so geht doch aus dem Schlußsatze eben dieses §. hervor, daß er auf alle Schuldverschreibungen zu beziehen sey.

Dieser Schlußsatz beruft sich nämlich rücksichtlich der zur Beweiskraft nöthigen äußern Form auf die Vorschriften der Gerichtsordnung, welche im §. 114 die äußere Form für alle Schuldverschreibungen festsetzt, woraus folgt, daß, so wie die Gerichtsordnung nur die äußere Form für alle Schuldverschreibungen festsetzt, die innere Form für diese alle nach §. 1001 beurtheilt werden müsse. Überdieß geht auch jede andere aus einem rechtmäßigen Titel z. B. Kaufe, Miethe u. dgl. entstandene Verbindlichkeit, vermöge welcher der Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Summe Geldes zahlen soll, von dem Augenblicke der

über, indem der Gläubiger sonach nicht eine individuelle Sache, sondern nur die in Quanto bestimmte Geldsumme des Kaufschillings, Miethzinses u. dgl. verlangen kann. Was aber von dem Darlehen überhaupt gilt, muß auch dann gelten, wenn dasselbe in Folge eines anderen ihm zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes also mittelbar entstanden ist.

Rücksichtlich der dilatorischen Einwendung wiederhohlt der Geklagte das bereits **excipiendo** Gesagte und schließt mit Berufung auf das in eben diesem gestellte Begehren.

Dieser Rechtsfall scheint dahin entschieden werden zu müssen, daß Geklagter zur unbedingten Zahlung der eingeklagten ganzen Summe von 14,000 fl. C. M. zu verurtheilen sey, welche Entscheidung im Nachstehenden ihre Begründung finden dürfte.

Der Geklagte hat sich in der von ihm unterschriebenen und von zwey Zeugen gefertigten Schuldurkunde **A** der Klage für mehrere ihm vom Kläger anvertraute Summen in Staatspapieren und barem Gelde nach Abrechnung seines Guthabens und einer geleisteten Abschlagszahlung zum Schuldner eines Betrages von 14,000 fl. C. M. mit der Verpflichtung bekannt, diesen Betrag in 4 Raten und zwar die erste zu Johanni 1840 mit 2000 fl. C. M. ohne aller Einwendung und ohne eine wie immer Nahmen habende Gegenforderung entgegen zu setzen, hier in **W** so gewiß zu bezahlen, widrigens der Kläger berechtigt seyn soll, gleich und auf einmahl den ganzen Betrag zu fordern.

Die Forderung des Klägers gründet sich demnach auf eine mit allen Erfordernissen des §. 114 der a. G. O. versehenen und somit vollen Glauben verdienende Urkunde, und da die **causa debendi** darin deutlich enthalten ist, so kann einerseits der Mangel der im §. 1001 des a. b. G. B. vorgeschriebenen Form für Schuldverschreibungen aus einem Darlehen nicht eingewendet werden, anderseits können aber auch nicht die gegen den Inhalt eines Schuldscheins über einen Darlehensvertrag dem Geklagten vorbehaltenen Einwendungen der Urkunde **A** der Klage, die auf Grundlage eines ganz andern Rechtsverhältnisses zu Stande gekommen ist, entgegen-

gesetzt werden. Da noch überdieß der Schuldner ausdrücklich allen Einwendungen entsagt, so kann an seiner Verbindlichkeit zur Zahlung der eingeklagten Summe kein Zweifel seyn. Der Kläger ist aber auch berechtigt, die ganze schuldige Summe per 14,000 fl. C. M. auf einmahl zu fordern, denn in der erwähnten Schuldurkunde ist eine ratenweise Bezahlung der schuldigen Summe in der Art verabredet worden, daß die erste Rate mit 2000 fl. C. M. zu Johanni, d. i. am 24. Juny 1840 in W.. bezahlt werde, widrigens der Kläger den ganzen Betrag auf einmahl zu fordern berechtigt seyn soll. Wenn auch im Schuldscheine die Person, an welche die Ratenzahlungen erfolgen sollen, nicht bestimmt ist, so hätte Geklagter seiner Zahlungspflicht durch den gerichtlichen Erlag der ersten Rate zur gehörigen Zeit, d. i. am 24. Juny 1840 nachkommen und sich dadurch von den Folgen der verzögerten Zahlung befreyen können, dieß war jedoch zur Zeit, als Kläger seine Klage überreichte, d. i. am 6. July 1840, noch nicht geschehen, sondern der Erlag wurde nach des Geklagten eigener Angabe erst am 7. July 1840, also nach überreichter Klage geleistet, so, daß es klar ist, der Geklagte habe den Zahlungstermin verabsäumt und somit zufolge der Schuldurkunde die Wohlthat der bedungenen Zahlungsfristen verwirkt, wodurch der Kläger das Recht erlangt hat, den ganzen Betrag per 14,000 fl. C. M. auf einmahl anzusprechen.

Gegen diese Begründung der unbedingten Verurtheilung des Geklagten zur Zahlung ließe sich vielleicht bemerken, daß die in der Schuldurkunde vorkommende Verzichtleistung auf alle Einwendungen — ganz allgemein und unbestimmt, folglich gemäß der Bestimmung des §. 937 a. b. G. B. ohne Wirkung sey. Hat nun der Geklagte dem Klagsbegehren erhebliche Einwendungen mit zulässigen Beweisen entgegengesetzt, so wäre auf solche allerdings zu achten, da selbst eine vollen Glauben verdienende Urkunde keinen so unumstößlichen Beweis begründet, daß dieser nicht durch einen erheblichen Gegenbeweis entkräftet werden könnte.

Der Kläger gründet sein Begehren auf einen Schuldschein, in welchem der Geklagte bestätigt, für ihm anvertraute Summen in Staatspapieren und barem Gelde noch einen Betrag von 14,000 fl. C. M. schuldig zu seyn und verpflichtet sich, diese Summe in gewissen Raten bey Terminsverlust zu bezahlen.

Dem Begehren des Klägers sich widersetzend, läugnet der Geklagte, je bares Geld vom Kläger erhalten zu haben und trägt darüber diesem den Haupteid auf. Rücksichtlich der Staatspapiere aber liefert er excipiendo eine Berechnung des höchsten Werthes, den selbe jemahls seit seiner Innehabung hatten und erliethet sich zum Beweise durch Kunstverständige, — woraus er sodann folgert, daß seine Schuld an den Kläger höchstens einen Betrag von 3046 fl. C. M. erreichte.

Da nun die durch diese Beweise, den erwähnten Haupteid und Beweis durch Kunstverständige, zu erweisenden Umstände dem Inhalte der Schuldurkunde entgegengesetzt sind und entscheidend scheinen, so dürfte man zu meinen versucht werden, daß auf diese sich als erheblich darstellenden Gegenbeweise zu erkennen wäre.

Bey aufmerksamer Prüfung derselben dürfte sich jedoch diese Ansicht als unrichtig herausstellen.

Das Quale des Begehrens stützt der Kläger darauf, daß er dem Geklagten mehrere Summen in Staatspapieren und barem Gelde anvertraut habe; den Empfang von Staatspapieren, wenn auch nur als Pfänder, gibt der Geklagte selbst zu, und läugnet nur, bares Geld erhalten zu haben, ja trägt über den Empfang eines solchen dem Kläger den Haupteid auf. Auf diesen Haupteid könnte jedoch deßwegen nicht abgegangen werden, weil der Kläger dießfalls in der Schuldurkunde, in welcher der Geklagte gesteht, bares Geld erhalten zu haben, — die Gewissensvertretung hat. Da aber der Geklagte keinen andern Gegenbeweis dem Beweise aus der Urkunde in dieser Rücksicht entgegengesetzt, so muß letzterer vollkommen wirksam bleiben. Wohin müßte es mit dem Urkundenbeweise kommen, wenn selbst unter Anerkennung der Echtheit der Urkunde dem Producenten noch der Haupteid über die Wahrheit des Inhaltes derselben aufgebürdet werden könnte. Ein unredlicher Schuldner würde sich, von dem Rechtsnachfolger seines Gläubigers belangt, durch Auftragung eines solchen Haupteides, den der Erbe, Cessionar rc. nur in den seltensten Fällen wird ablegen können, — auf die leichteste Art der Verbindlichkeit entledigen können, obwohl über deren Bestand sich der Gläubiger das beste Beweismittel, eine Urkunde verschafft hat. Es scheint daher die Meinung jener, die behaupten, daß durch den

Haupteid wenigstens kein directer Gegenbeweis wider eine Urkunde hergestellt werden könne, die richtigere zu seyn.

Das **Quantum** des klägerischen Anspruches war vor Ausstellung des Schuldscheins noch unbestimmt; erst in diesem bekennt der Geklagte, für die ihm anvertrauten Staatspapiere und bares Geld noch 14,000 fl. C. M. schuldig zu seyn, verspricht und verpflichtet sich, diese Summe in bestimmten Raten zu bezahlen, woraus unwidersprechbar hervorgeht, daß durch die Annahme dieses Versprechens der dem **Quanto** nach noch unbestimmte Anspruch vertragsmäßig in einen bestimmten umgeändert wurde. Wollte man dem Geklagten gestatten, durch Berechnung erst auszumitteln, worin der wahre Betrag seiner Schuld bey Ausstellung des Schuldscheins bestanden habe, und ihn nur zur Zahlung des sich dadurch herausstellenden allfälligen **minus** verhalten, — so hieße dieß nichts anders, als ihm das Recht einräumen, von dem Vertrage, durch welchen er sich verpflichtete, eine bestimmte Summe zu zahlen, — einseitig zurückzutreten. Diese Inconsequenz würde also aus der Behauptung folgen, daß auf den Beweis durch Kunstverständige über die Richtigkeit der **excipiendo** gemachten Berechnung zu erkennen wäre. Selbst der, welcher aus bloßer Billigkeit zur Behauptung sich verleiten ließe, daß nur das der Errichtung der Schuldurkunde vorausgegangene und dieser zu Grunde liegende Rechtsverhältniß berücksichtigt werden soll, — wird sich bald vom Gegentheile überzeugen, wenn er den Fall sich umgekehrt denkt. Wenn nähmlich Kläger ohne Rücksicht auf den Schuldschein die Klage angestrengt und vielleicht 40,000 fl. C. M. für anvertraute Staatspapiere und bares Geld, mit Interessen und verursachten Schaden gefordert hätte, würde dann nicht der Geklagte mit vollem Grunde sich auf den von ihm ausgestellten und vom Kläger angenommenen Schuldschein berufen und einwenden, daß laut dieses Schuldscheins er nur 14,000 fl. C. M. schuldig sey, und Kläger auf das allfällige **plus** verzichtet habe?

Wenn aber der Kläger durch die Annahme des Schuldscheins sich so gebunden hat, daß er aus dem diesem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse keine größere Summe, als auf welche die Urkunde lautet, ansprechen kann, so wird wohl auch der Geklagte als Aussteller der Schuldverschreibung zur Erweiterung einer geringeren

Schuldsumme, als er in dieser bekennt, — nicht auf jenes Rechtsverhältniß sich berufen können.

Da also die gedachten Beweise ganz unzuläßig sind, so vermögen sie auch die Beweiskraft der Schuldurkunde weder rücksichtlich des **Quale** noch des **Quantum** zu erschüttern, und können, da auf sie gar nicht Rücksicht genommen werden darf, der unbedingten Verurtheilung des Geklagten zur Zahlung der ganzen Summe nicht im Wege stehen.

Aber auch abgesehen davon, verdienen dieselben schon deßhalb keine Beachtung, weil der Geklagte in dem Schuldscheine auf alle Einwendungen verzichtete, und diese Verzichtung rücksichtlich der durch diese Gegenbeweise zu erweisenden Einwendung, daß die Schuld des Geklagten zur Zeit der Ausstellung der Schuldurkunde nur den Betrag von 3046 fl. C. M. erreichte, — ungeachtet der Bestimmung des §. 937 a. b. G. B. volle Rechtswirkung hat.

Dieser §. spricht die Wirkungslosigkeit über unbestimmte und allgemeine Verzichtleistungen nur rücksichtlich jener Einwendungen aus, durch welche die Gültigkeit eines Vertrages angefochten werden soll, woraus **a contrario** folgt, daß man auf alle anderweitigen Einwendungen auch ganz allgemein und unbestimmt — verzichten könne.

Durch die vom Geklagten zu erweisen angetragene Einwendung aber, daß die zur Zeit der Ausstellung des Schuldscheins bestandene Schuld keineswegs den in diesem enthaltenen Betrag erreiche, will durchaus nicht die Gültigkeit des Vertrages, durch welchen sich der Geklagte laut der Schuldurkunde verpflichtete, für die ihm anvertrauten Staatspapiere und bares Geld 14,000 fl. C. M. zu bezahlen, — bestritten werden, da durch sie weder die Unfähigkeit der Compasciscenten, noch der Mangel einer wahren Willenserklärung, noch die Unmöglichkeit der Leistung, noch endlich sonst ein die Ungültigkeit des Übereinkommens nach dem Gesetze begründender Umstand behauptet wird.

Es dürfte sonach keinem gegründeten (Zweifel) mehr unterworfen seyn, daß der Geklagte bloß allein auf Grundlage der von ihm ausgestellten Schuldverschreibung zur Zahlung der ganzen eingeklagten Summe unbedingt zu verurtheilen sey.

Einiges über die

Militär-Criminal-Justizpflege.

Von

Herrn **.**

Vom Hofkriegsrathe und dem allgemeinen Militär-Appellationsgerichte theils durch Revision der schon nach sicher bestimmten Vorschriften vor der Kundmachung des Urtheils einzusendenden, theils auch von Fall zu Fall erfließenden Verordnungen der Eingangs genannten Behörden vorzulegenden Criminal-Untersuchungs- und (sogenannten) Kriegsrechts-Acten, endlich auch durch Einsendung der halbjährigen Justiz-Eingaben überwacht, üben die Inhaber der Linien-Infanterie- und Cavallerie-Regimenter, der Artillerie- und Genie-Director, die commandirenden Generäle in den Ländern, dann in Kriegszeiten die commandirenden Generäle der Armee, wie auch die Armeecorps-Commandanten, ferner die Obersten und Commandanten der National-Gränzregimenter, die Militär-Comitats-Magistrate, die Militär- und Festungs-Commandanten, dann die Commandanten der Leibgarden und der Invalidenhäuser, so wie der Oberdirector der Militär-Akademie zu Wiener-Neustadt, die Criminal-Gerichtsbarkeit über eine jede der obgenannten Militärkörpern zugewiesenen Personen in einem höhern oder niedern Grade aus, und zwar erstreckt sich diese Gerichtsbarkeit (Straf- und Begnadigungsrecht), welche übrigens die gewöhnlich vom betreffenden Regimente

abwesenden Regimentsinhaber, in Verfolg der ihnen eingeräumten Befugniß, dem jeweiligen zeitlichen Obersten, Regiments- oder detaschirten Bataillons-Commandanten in voller Macht oder mit einigem Vorbehalt mittelst eines vorschriftmäßigen Decretes übertragen, über alle in dem einen oder andern Militärkörper vorkommende Verbrechen und Vergehen, welche sich übrigens — da die Verhältnisse und Pflichten des Militärstandes von jenen der übrigen Staatsbürger in mehreren Hinsichten verschieden sind, und der Militärstand nach der gegenwärtigen Verfassung als ein eigener Körper im Staate erscheint, sohin auch die Glieder dieses Körpers in zweyfacher Beziehung zum Staate betrachtet werden können und müssen — in militärische und gemeine Verbrechen und Vergehen eintheilen.

Übrigens behält sich gewöhnlich der Regiments-Inhaber dann, wenn ein Officier der criminellen Behandlung zu unterziehen erachtet wird, die Einleitung des Verfahrens dergestalt bevor, daß über denselben das Verhör Statt finde, sohin aber dieses, ohne in eine weitere Verhandlung einzugehen, vorläufig ihm (dem Inhaber) überreicht und seine weitere Entschließung abgewartet werde. Auch muß aus dem, dem zeitlichen Obersten (denn der wirkliche Oberst ist der Inhaber) ertheilten Decrete erhellen, ob und wie ein Fall der Abwesenheit, des Absterbens oder der Verhinderung des zeitlichen Obersten dem im Commando nachfolgenden Stabsofficier das Straf- und Begnadigungsrecht zustehen soll; denn, wenn dieses Recht im gedachten Decret dem zeitlichen Obersten nur für seine Person verliehen worden wäre, so müßte der im Commando nächstfolgende Stabsofficier dieses Recht beym Inhaber ansuchen, und diesem bis zur Entscheidung die von den Compagnien, Escadronen u. s. w. eingehenden Criminal-Voruntersuchungsacten zur weitern Anordnung unterlegen.

Befindet sich der Inhaber im Auslande oder in Kriegszeiten nicht bey derjenigen Armee, bey welcher das ihm übergebene Regiment steht, so muß von ihm dem Regiments- oder detaschirten Bataillons-Commandanten das Straf- und Begnadigungsrecht in eben dem Umfang übertragen werden, in welchem es ihm, Inhaber, verliehen ist. Übrigens kann der zeitliche Oberst auch das ihm vom Regiments-Inhaber abgetretene Straf- und Begnadigungsrecht in Ge-

genwart des Regiments-Inhabers nicht ausüben, es wäre dann, daß derselbe mittelst besonderer Erklärung sich ausgesprochen hätte, hiervon enthoben seyn zu wollen. Behufs der Leitung der Untersuchung und Aburtheilung der zur Militär-Gerichtsbarkeit unterstehenden Personen, sind den obgedachten Militärkörpern Justizbeamte beygegeben, welche Auditoren genannt werden, und zwar entweder General-Auditor-Lieutenants, Stabs-Garnison-Regiments- oder überzählige Auditore, in den Militärgränzen aber Bürgermeister oder Syndiker sind, welche insgesammt auf einer deutsch-erbländischen Universität oder an einem Lyceum die Rechtswissenschaften wenigstens mit der ersten Fortgangsclasse vollendet, sich durch längere Zeit während eines eigenen Lehrcurses — welcher insbesondere die Militär-Gesetze und Verfassung, übrigens aber auch die Wiederhohlung der meisten positiven Gesetze zum Gegenstand hat — im Militär-Justizsache practisch geübt haben und vom allgemeinen Militär-Appellationsgericht nach abgelegter strenger Prüfung mit dem Fähigkeits-Decrete für eine Auditorsstelle versehen sind. General-Auditor-Lieutenants — welche übrigens höchst selten zur Abführung einer Criminaluntersuchung angewiesen werden — und Staatsauditore, welche, gleich den letzteren, ihren Platz bey den Landes- oder in Kriegszeiten bey den Armee-Generalcommanden als Referenten in Justizangelegenheiten haben — benöthigen ein besonderes Fähigkeits-Decret, welches ihnen, in Verfolg einer nach mehrjähriger Dienstleistung und zwar nunmehr bey dem Hofkriegsrath abgelegten zweyten strengen Prüfung über obbezeichnete Gegenstände, ausgefertigt wird.

Zwar werden die Auditore mitunter auf Vorschläge bezüglich Ansinnen der Regiments-Inhaber zu dem einen oder andern Regiment vom Hofkriegsrath angestellt, es kann aber keiner derselben von dem Inhaber, sondern nur im Verfolg einer criminellen Untersuchung oder auf Anordnung des Hofkriegrathes entlassen werden. General-Auditor-Lieutenants und Stabs-Auditore aber werden von Sr. Majestät ernannt.

Was nun die Besetzung der Criminalgerichte beym Militär betrifft, so wird über jeden Verbrecher bezüglich über die zu dem nähmlichen Militärkörper gehörigen Mitschuldigen in der Regel ein Kriegsrecht zusammengesetzt, welches, in so fern es sich um ein

schweres[1]) Verbrechen handelt, aus 14 Personen, und zwar einem Präses, dem Auditor und 6 Chargen, nähmlich von jeder Charge zwey Individuen, wenn es aber um die Untersuchung eines geringeren Verbrechens zu thun ist oder in Nothfällen, dann wenn der Verbrecher ein Individuum vom Feldwebel oder Wachtmeister abwärts ist, aus 8 Personen besteht, wobey nähmlich außer dem Präses und Auditor, von jeder Charge nur ein Individuum eintritt. Diese Besetzung des Gerichtes findet schon bey dem ordentlichen Verhöre und dann weiter beym Kriegsrechte im strengsten Sinne Statt, wo es sich nähmlich um die Aburtheilung des Verbrechers handelt, und werden, in wie fern es die Untersuchung und Aburtheilung eines Individuums vom Gemeinen bis einschlüssig Hauptmann betrifft, als Präses, ein Major, zwey Hauptleute oder Rittmeister, zwey Lieutenants, zwey Wachtmeister oder Feldwebel, zwey Corporäle, zwey Gefreite oder Vice-Corporäle und zwey Gemeine. Wenn es nöthig ist, kann auch eine geringere Charge die Stelle der höhern, folglich ein im Rang älterer Hauptmann als der zu untersuchende und abzuurtheilende Hauptmann, die Stelle des Majors bezüglich des Präses, und ein Oberlieutenant die Stelle eines Hauptmannes oder Rittmeisters vertreten. Handelt es sich aber um die Untersuchung und Aburtheilung eines Stabsofficiers oder einer noch höhern Charge, so besteht das ordentliche Verhör und Kriegsrecht auch classenweise aus höheren Chargen, z. B. bey der Untersuchung und Aburtheilung eines Majors tritt ein Oberstlieutenant als Präses ein, die nächsten Chargen sind zwey Majore und so abwärts, wogegen nähmlich die zwey Gemeinen wegbleiben.

---

[1]) Diese Bezeichnung beruht auf der beym Militär bestehenden Eintheilung der gemeinen Verbrechen in überschwere, schwere und geringere Verbrechen. Überschwere sind solche, auf welche in der Th. p. G. O. die verschärften Todesstrafen festgesetzt sind; schwere, worauf eben dieses Gesetz die einfachen Todesstrafen oder eine dem Tode gleich zu achtende Strafe verhängt; geringere aber solche, die eine mindere, meistens dem Ermessen des Richters anheim gestellte Strafe nach sich ziehen.

Hinsichtlich der bey Gränz-Regimentern vorkommenden Untersuchungen und Aburtheilungen nicht unirter Geistlichen kömmt zu erinnern, daß zum Verhör und Kriegsrecht auch zwey Geistliche dieses Bekenntnisses zuzuziehen und denselben die Acten zur Mitfertigung vorzulegen sind. Bey den Militär-Gränz-Comitaten aber sind die aufzunehmenden Verhöre mit einem Syndicus und drey Gerichtsbeysitzern zu besetzen.

(Die Fortsetzung folgt.)

Rechtsfall

über den Unterschied zwischen Diebstahl und Veruntreuung.

Von

Herrn Eduard Krenn,
Actuar beym Wiener-Criminal-Gerichte.

Johann W., 56 Jahre alt, seit dem October 1836 Spiegelbeleger in der Spiegelfabrik zu V., wurde am 5. September 1841 wegen Verschleppung von Quecksilber arretirt und auf Grund der gepflogenen Erhebungen ist wider denselben wegen Veruntreuung die ordentliche Criminal-Untersuchung eingeleitet worden. Schon bey Fassung des Qualifications-Beschlusses waren über die Frage: ob die Untersuchung wegen Diebstahles oder wegen Veruntreuung eingeleitet werden solle, die Stimmen gleich getheilt und das Präsidium entschied sich nur unter Anführung des Grundes, daß ja die Untersuchung ein besseres Licht über diesen Punct verbreiten werde, einstweilen für die gelindere Meinung. Im Laufe der Untersuchung schritt der Inquisit, als er nach längerem hartnäckigen Läugnen und nach vielen Umtrieben endlich doch dem ihn von allen Seiten bedrängenden Vorhalten nicht mehr auszuweichen wußte, zu folgendem Geständnisse:

Er habe als Beleger in der Spiegelfabrik zu V. soviel zu arbeiten gehabt, daß er ohne Mithülfe seines Weibes nicht hätte aufkommen können. Er habe deßhalb von seinem Herrn, dem Eigenthümer der Fabrik, eine monathliche Zulage von zwölf Gulden Conventions-Münze begehrt, damit er sich einen Gehülfen halten könne; alle seine Bitten seyen aber fruchtlos gewesen. Da er es

nun unbillig gefunden habe, daß er nur für seine Person bezahlt werde, während zwey Personen zu arbeiten hätten, sey er auf den Gedanken verfallen, sich selbst zahlhaft zu machen, sich nähmlich von dem ihm zur Arbeit übergebenen Quecksilber etwas zuzueignen. In Folge dieses Entschlusses habe er sich nun in der Fabrik zu V. seit dem Sommer des Jahres 1837 bis zu seiner am 5. September 1841 erfolgten Arretirung nach und nach 380 Pfund Quecksilber zugeeignet. Das Quecksilber, welches er sich zueignete, habe er in Quantitäten von 3—6 Pfunden aus der Belege (dem Lokale, wo die Spiegel belegt wurden) in seine Wohnung getragen, wenn er von der Arbeit nach Hause ging. Die Belege habe sich in dem eigentlichen Fabriksgebäude, seine Wohnung aber in einem etwa hundert Schritte davon entfernten, zwar zur Fabrik gehörigen, aber von derselben ganz abgesonderten Hause befunden. In der Belege habe außer ihm, seinem Weibe und seinem Sohne, der ihm im letzten Jahre ebenfalls bey der Arbeit geholfen habe, sonst Niemand etwas zu thun gehabt und es habe ohne ihn gar Niemand in die Belege kommen können, denn er habe den Schlüssel dazu in seiner ausschließlichen Verwahrung gehabt. Wenn ein frisches Quecksilber angekommen sey, habe ihm der Fabriks-Director dasselbe sogleich übergeben. Das Quecksilber sey nähmlich, wenn es der Fuhrmann gebracht habe, immer sogleich in die Belege getragen worden und dort unter seiner alleinigen Verwahrung gewesen. Wieviel Quecksilber wirklich zum Belegen verbraucht wurde, habe weder der Eigenthümer, noch der Director der Fabrik genau beurtheilen können und es lasse sich dieß in einer Fabrik, in welcher wie in jener zu V. Spiegel von verschiedenen Dimensionen verfertiget würden, gar nicht so genau berechnen, während man in einer Fabrik, wo nur Spiegel von durchaus gleichen Dimensionen verfertiget würden, allenfalls aus der Zahl der verfertigten Spiegel auf die Quantität des zum Belegen verbrauchten Quecksilbers einen Schluß ziehen könne. In der Fabrik zu V. habe man sich auf seine Ehrlichkeit verlassen und man habe den Verbrauch von Quecksilber durchaus nicht auf solche Art controlliren können, daß die nur nach und nach in kleinen Parthien geschehene Verschleppung von Quecksiber hätte auffallen müssen. Wenn der Director geglaubt habe, daß wieder ein frischer Vorrath von Quecksilber nöthig sey, habe derselbe wieder

einen halben Centner kommen und bey dem Eintreffen zu V. in die Belege bringen lassen. Übrigens habe er, Inquisit, theils ganz frisches Quecksilber, theils auch schon gebrauchtes sich zugeeignet, denn man könne ein Quecksilber, welches einmahl auf eine Spiegeltafel aufgeschüttet wurde, noch öfters gebrauchen. Es müsse nähmlich immer ein großes Quantum aufgeschüttet werden, wovon jedoch nur ein kleiner Theil auf der Spiegeltafel bleibe, das Übrige aber wieder abfließe, so daß es zu wiederhohlten Mahlen auf andere Tafeln aufgeschüttet werden könne und bloß von dem dazu gekommenen Schmutze gereiniget zu werden brauche, um einem noch niemahls gebrauchten Quecksilber ganz gleich zu seyn. Er könne daher auch gar nicht bestimmen, wieviel von ganz frischem und wieviel von bereits gebrauchtem Quecksilber er sich zugeeignet habe. Da er in der Belege unter keiner Aufsicht gestanden sey, hätte er das Quecksilber, welches er sich zueignen wollte, auch dort sammeln können, allein weil er eine angesammelte größere Quantität nicht unbemerkt aus der Belege hätte fortbringen können, so habe er das Quecksilber in kleinen Parthien unter seinem Rocke oder Mantel aus der Belege in seine Wohnung getragen und dort in einer Kiste gesammelt. Zu Anfang Septembers 1841 habe er einem bekannten Spiegelfabrikanten aus Böhmen, den er eigens zu sich eingeladen hatte, das ganze Quecksilber unter dem Vorwande, das Quecksilber auf Rechnung gehabt und davon soviel erübrigt zu haben, um 760 Gulden Conv. Münze verkauft; der Fabriksdirector müsse aber etwas davon erfahren haben, denn der Ankäufer sey unter Weges mit dem Quecksiber angehalten und darauf auch der Inquisit in Verhaft genommen worden.

Mit diesem Geständnisse standen auch die gepflogenen Erhebungen in vollkommener Übereinstimmung und der Werth der 380 Pfund Quecksilber, welche Johann W. sich zugeeignet hatte, wurde von dem Beschädigten auf 877 Gulden 48 Kreuzer Conv. Münze bestimmt, welche Schätzung auch der Inquisit als richtig anerkannte. Die Frage, ob die Zueignung des Quecksilbers als Diebstahl oder Veruntreuung zu bestrafen sey, war demnach sehr wichtig, da die Strafe im ersteren Falle mit schwerem Kerker zwischen 5 und 10 Jahren, in letzterem Falle aber nur mit schwerem Kerker zwischen 1 und 5 Jahren auszumessen war. Der Beschädigte, selbst ein rechts-

kundiger Mann, erklärte bey seiner gerichtlichen Vernehmung, er sey selbst mit sich nicht einig und überlasse es der Beurtheilung des Gerichtes, ob die That ein Diebstahl oder eine Veruntreuung sey, denn einerseits sey dem Inquisiten das Quecksilber wohl gewisser Maßen übergeben und anvertraut gewesen, anderer Seits habe sich dasselbe aber doch noch immer, bis es Inquisit in seine Wohnung trug, in der Belege, also in einem zur Fabrik gehörigen Locale und somit auch noch im physischen Besitze der Fabrik befunden. Der Beschädigte, sowie der Director der Fabrik bestätigten übrigens, daß Inquisit die Belege unter seiner ausschließlichen Sperre hatte und daß der Verbrauch von Quecksilber nicht auf solche Art controllirt werden konnte, daß eine auch ziemlich bedeutende Verschleppung, wenn sie nur nach und nach und in kleinen Partien geschah, nicht leicht hätte unbemerkt bleiben können. Man habe sich ganz auf die Ehrlichkeit des Inquisiten verlassen und selbst dann, als man in der letzteren Zeit einigen Argwohn gegen ihn faßte, weil man ihm manchmahl beym Nachhausegehen aus dem Fabriksgebäude eine Ängstlichkeit ansah und er schwer zu tragen schien, habe man sich darauf beschränkt, seine Gänge in die Belege und aus derselben und sein Thun und Lassen außer der Fabrik zu beobachten. Frühere Beleger habe man, wenn sie von der Arbeit weggingen und die Belege verließen, jedesmahl visitirt, ob sie nicht Quecksilber zu sich gesteckt hätten; allein dem Inquisiten habe man mehr Vertrauen geschenkt und derselbe würde sich als ein etwas eingebildeter Mensch eine solche Behandlung auch gar nicht haben gefallen lassen. In der Belege selbst sey Inquisit gar nicht beaufsichtiget gewesen und wenn er gesagt habe, daß ein neuer Quecksilber-Vorrath nöthig sey, oder wenn der Eigenthümer sich gedacht habe, daß dieß der Fall seyn werde, sey eine Quantität frisches Quecksilber herbeygeschafft und dem Inquisiten übergeben, d. h. in die Belege gebracht worden, ohne daß man gerade die Anschaffung eines neuen Vorrathes von dem bereits geschehenen gänzlichen Verbrauche des früheren Vorrathes abhängig machte. Übrigens sey Inquisit, obwohl er die Belege unter seiner ausschließlichen Sperre hatte und für die gehörige Verschließung verantwortlich war, doch nicht als eigentlicher Verwahrer des dort befindlichen Quecksilbers anzusehen gewesen, da sich die Belege in dem von seiner Wohnung abgesonderten Fabriksgebäude befand, er

außer der Arbeitzeit dort nichts zu thun hatte, und ihm auch außer dieser Zeit außer der gehörigen Verschließung der Belege und der sorgfältigen Verwahrung des Schlüssels keine weitere Aufsicht oblag, daher auch im Falle einer durch einen Dritten geschehenen Entwendung der Diebstahl nicht an ihm, sondern unmittelbar an der Fabrik verübt worden wäre.

Dieß war Alles, was zur Aufklärung über die eigentliche Natur des Verbrechens erhoben werden konnte. Bey der Aburtheilung wurde die Meinung, daß dem Inquisiten die Zueignung des Quecksilbers nur als Veruntreuung zu imputiren sey, mit folgenden Bemerkungen unterstützt: Der Grund, warum die Privat-Veruntreuung geringer als der Diebstahl bestraft werde, liege unbestritten darin, daß sie sowohl in subjectiver als objectiver Beziehung minder gefährlich sey. In subjectiver Beziehung sey die Veruntreuung zwar wegen des Mißbrauches des dem Verbrecher geschenkten Vertrauens vielleicht eine moralisch verwerflichere Handlung, allein dabey doch minder gefährlich als der Diebstahl, weil Derjenige einen viel stärkeren Hang zur Verletzung fremden Eigenthumes an den Tag lege, welcher fremdes Gut aus dem Besitze eines Andern entzieht, als Derjenige, welcher sich bloß das bereits in seinem Gewahrsam befindliche fremde Gut zueignet. Noch weniger könne die geringere Gefährlichkeit der Privat-Veruntreuung in objectiver Beziehung einem Zweifel unterliegen, denn gegen Veruntreuung könne man sich in der Regel durch sorgfältige Auswahl Desjenigen, welchem man das Vertrauen schenkt, besser vorsehen und selbst wenn das Vertrauen getäuscht wird, wisse man doch, an wen man sich zu halten habe. Auf diese unbestreitbaren Gründe der verschiedenen Bestrafung des Diebstahles und der Veruntreuung müsse man auch bey Auslegung des Begriffes von anvertrautem Gute Rücksicht nehmen, und man könne in zweifelhaften Fällen am besten die Entscheidung davon abhängig machen, ob sich auf den concreten Fall der Zueignung einer fremden Sache die Gründe der gelinderen Behandlung der Privat-Veruntreuung anwendbar zeigten. Befolge man diesen Grundsatz hinsichtlich der von Johann W. begangenen Quecksilber-Verschleppung, so zeige sich, daß in diesem Falle alle Umstände vorhanden seyen, wegen welcher die Privat-Veruntreuung geringer bestraft werde, als der Diebstahl. Offenbar

habe es keiner so kräftigen rechtswidrigen Triebfeder bedurft, damit sich Inquisit von dem Quecksilber-Vorrathe, womit er ganz ohne Aufsicht und Controlle zu manipuliren hatte, etwas zueignete. Inquisit habe auch, um die beabsichtigte Zueignung auszuführen, gar kein physisches Hinderniß zu überwinden gehabt, denn er sey bereits Inhaber des Quecksilbers gewesen und habe es daher nicht erst aus fremder Detention zu entziehen gebraucht. Das Quecksilber sey ihm förmlich in seine Innhabung übergeben und im vollen Sinne des Wortes anvertraut gewesen, denn der Fabriks-Director habe das frisch angekommene Quecksilber immer gleich in die Belege, wo Inquisit ausschließend und ganz unbewacht zu schalten hatte, bringen lassen, das Quecksilber sey dort unter des Inquisiten ausschließender Sperre gestanden und es sey gar keine Vorsicht dagegen gebraucht worden und gar kein Hinderniß dagegen vorhanden gewesen, daß Inquisit etwas von dem Quecksilber sich zueigne und anderswohin verschaffe. Daß Inquisit dasselbe nur in kleinen Parthien und verstohlner Weise aus der Belege wegbringen konnte, ändere nichts in dem Wesen seiner Handlung, denn auch in solchen Fällen, wo Niemand an den Thatbestand des Diebstahles denke und Jedermann die That nur als Veruntreuung ansehe, werde das vertraute Gut häufig verstohlner Weise vorerst an einen anderen Aufbewahrungsort gebracht und nur heimlich veräußert. Inquisit habe nichts aus fremdem Besitze entzogen, sondern nur anvertrautes Gut sich zugeeignet und sey daher wegen Veruntreuung und nicht wegen Diebstahles zu bestrafen.

Einer von den Votanten, welche die That als Veruntreuung ansahen, bedauerte nur, daß nicht ausgemittelt sey, wieviel sich Inquisit von dem ganz frischen und wieviel von dem bereits gebrauchten Quecksilber zugeeignet habe, denn daß die Zueignung des Quecksilbers, welches Inquisit bereits zum Belegen gebraucht hatte, nur eine Veruntreuung begründen könne, falle in die Augen und es würde, wenn es sich nur um die Zueignung eines solchen Quecksilbers handelte, dann ganz gewiß über die Qualification der That eine volle Einstimmigkeit vorhanden seyn. Diese Äußerung gibt einen Beweis, daß bey Abstimmungen oft gar absonderliche Meinungen vorkommen, welche, ohne Anführung von Gründen ganz apodictisch ausgesprochen, für den Augenblick selbst den mit der

Sache am meisten vertrauten Referenten verstummen machen, weil er sich das Auftauchen einer solchen Ansicht nicht im Traume vorstellen konnte, und sich gar nicht in die Verfassung setzte, ihr zu begegnen, in welchen Fällen eine solche mit Zuversicht ausgesprochene Meinung trotz ihrer gänzlichen Haltlosigkeit manchmahl mit gläubiger Anerkennung als eine ganz treffende Sentenz hingenommen wird, so daß nicht nur der aufgetretene Votant bey dem Glauben bleibt, er habe ins Schwarze getroffen, sondern auch die übrigen Votanten ihm andächtig beystimmen. Indessen ist die Meinung, daß die Zueignung eines vom Inquisiten bereits gebrauchten Quecksilbers nur eine Veruntreuung begründet habe, so gänzlich aus der Luft gegriffen, daß mehr Nachdencken und Studium dazu gehört, eine Bestimmung des Gesetzes, worauf jene Meinung sich stützen könne, zu errathen, als um etwas zu ihrer Widerlegung aufzufinden. Nirgends steht geschrieben, daß eine Sache, welche an sich kein anvertrautes Gut war, dadurch zu einem solchen wird, daß davon bereits durch Denjenigen, welcher sich die Sache sohin widerrechtlich zugeeignet hat, früher im Interesse des rechtmäßigen Eigenthümers ein Gebrauch gemacht wurde. Setzen wir den Fall, **A** lasse in seiner Scheuer durch den Taglöhner **B** Getreide ausdreschen, wobey sich **B** eines dem Arbeitsgeber **A** gehörigen Dreschflegels zu bedienen habe. Was soll es nun in dem Falle, daß **B** eines Tages den Dreschflegel aus der Scheuer forttrágt und verkauft, hinsichtlich der Frage, ob diese Zueignung ein Diebstahl oder eine Veruntreuung sey, für einen Unterschied machen, ob **B** mit dem Dreschflegel bereits gedroschen hat oder nicht? Was soll es hinsichtlich der Qualification der That für einen Unterschied machen, ob der Bediente mit der seinem Herr gehörigen Kleiderbürste, welche er sich zugeeignet und verkauft hat, früher schon öfter die Kleider seines Herrn ausgebürstet hatte oder nicht? Vielleicht mag die Meinung, die Zueignung des schon gebrauchten Quecksilbers sey eine bloße Veruntreuung, auf der Annahme beruht haben, daß das Quecksilber, welches einmahl aufgeschüttet wurde, erst dadurch ganz der ausschließenden und uncontrollirten Schaltung des Inquisiten unterworfen und ihm förmlich anvertraut worden sey, allein diese Annahme ist offenbar eine bloße Fiction und scheint sich auf eine ganz unrichtige Vorstellung von der Manipulation beym Belegen der Spiegel

zu stützen. In dem Verhältnisse des Quecksilbers zu dem rechtmäßigen Eigenthümer, worauf es hier ganz allein ankommt, ist durch den zum Spiegelbelegen gemachten Gebrauch nicht die mindeste Veränderung vorgegangen. Wenn das frisch angekommene Quecksilber trotz der Überbringung in die unter des Inquisiten ausschließender Sperre gestandene Belege darum doch noch nicht aus der Inhabung des Fabriks-Eigenthümers in jene des Inquisiten übergegangen ist, so ist nicht einzusehen, warum dasselbe, sobald es einmahl aufgeschüttet und wieder abgenommen war, nicht mehr in der Inhabung des Fabriks-Eigenthümers gewesen seyn sollte. Sieht man die Belege als einen Ort an, wo das Quecksilber noch in einer Lage war, daß der Fabriks-Eigenthümer oder dessen Stellvertreter, der Fabriks-Director, noch darauf einwirken konnten, so war Inquisit vor dem Aufschütten des Quecksilbers noch nicht Inhaber. Warum sollte er es nun durch das Aufschütten des Quecksilbers geworden seyn, nachdem sich in der Lage des Quecksilbers in Beziehung auf den Eigenthümer und auf den Inquisiten dadurch nicht das Mindeste geändert hat? Man mag sich vielleicht die Sache vorgestellt haben, als ob das Quecksilber dem Inquisiten in den Sack geronnen wäre und es dann seiner Ehrlichkeit überlassen gewesen sey, wieviel er wieder herausgeben wollte, allein eine solche Vorstellung ist ganz irrig. Was die Spiegeltafel nicht aufnehmen konnte, mußte in das dazu bestimmte Gefäß ablaufen und das Vermögen des Inquisiten, damit beliebig zu disponiren, hatte dann ebenso in physischer wie in rechtlicher Beziehung keinen größeren Umfang, als vor dem Aufschütten, so wenig als es einen Unterschied macht, ob Jemand, der Wein aus einem Gefäße in ein anderes abfließen zu lassen hatte, von dem im ersten oder von dem im zweyten Gefäße befindlichen Weine sich etwas zugeeignet hat.

Wie unentscheidend der Umstand, daß Inquisit das sich zugeeignete Quecksilber wenigstens theilweise bereits zum Spiegelbelegen gebraucht hatte, für die Beurtheilung der Qualification seiner Handlungsweise sey, dürfte keiner weiteren Beweisführung bedürfen. Sonderbarer Weise war es jedoch gerade die Berücksichtigung dieses Umstandes, was der Meinung, Inquisit sey nicht des Diebstahles, sondern der Veruntreuung schuldig, eine wenn auch nur schwache Majorität verschaffte. Die Ansicht der Minorität, daß sich

Inquisit des Diebstahles schuldig gemacht habe, ist aber, auch abgesehen von der Haltlosigkeit des letzterwähnten, durch einen Theil der Majorität als entscheidend angenommenen Motives, wohl als die richtige anzunehmen.

Was einmahl die Ansicht betrifft, man habe, wenn der Thatbestand zwischen Diebstahl und Veruntreuung schwanke, darauf zu sehen, ob in dem zweifelhaften Falle die Gründe, welche den Gesetzgeber zur milderen Behandlung der Privat-Veruntreuung bestimmet haben, vorhanden seyen oder nicht, so dürfte diese Ansicht wohl ziemlich allgemein als ganz verwerflich betrachtet werden und dieß ist sie auch in der That; denn es verstößt gegen alle Regeln der Gesetzauslegung, die Definition irgend eines Merkmahles eines Verbrechens aus den Gründen der strengeren oder gelinderen Behandlung dieses Verbrechens zu abstrahiren und eine solche Deduction kann schon darum keinen genügenden Anhaltspunct geben, weil man die Gründe des Gesetzes bloß vermuthen und keineswegs mit einer solchen Gewißheit bestimmen kann, daß man sicher wäre, dem Gesetze nicht etwa andere, als die ihm wirklich zum Grunde liegenden Motive zu unterlegen und dagegen den einen oder den andern vom Gesetzgeber als Motiv angenommenen Umstand zu übersehen. Der Unterschied zwischen Diebstahl und Veruntreuung liegt anerkannter Maßen darin, daß bey ersterem der Thäter das fremde Gut erst aus dem Besitze eines Andern entzieht, bey letzterer dagegen ihm dasselbe anvertraut war. So wenig man nun die Definition von Entziehung aus dem Besitze aus den Gründen abstrahiren kann, aus welchen der Diebstahl geringer als irgend ein anderes Verbrechen, z. B. Raub, bestraft wird, so wenig können die wahrscheinlichen Gründe der gelinderen Bestrafung der Privat Veruntreuung zur Feststellung des Begriffes von anvertrautem Gute einen Anhaltspunct geben. Die größere subjective und objective Gefährlichkeit des Diebstahles mag allerdings der Grund seyn, warum der Diebstahl strenger als die Privat-Veruntreuung bestraft wird; allein es gibt doch Fälle, welche allgemein als Diebstahl angesehen werden, und in welchen dennoch alle Umstände vorhanden sind, worauf im Allgemeinen die geringere Gefährlichkeit der Veruntrenung beruht. Man denke nur an von Dienstbothen verübte Diebstahle. Auch hier können, z. B. wenn sonst Niemand Gelegenheit zu dem Diebstahl hatte,

die Umstände von der Art seyn, daß der Bestohlene recht gut weiß, an wen er sich zu halten hat. Auch hier hat er sich vorsehen können, sowohl bey der Aufnahme des Dienstbothen, wie auch später, als er ihn vielleicht allein in der Wohnung ließ und nichts vor ihm versperrte. Auch hier kann der Dieb, wenn er z. B. das gestohlene Gut bereits unter seinen Händen hatte und es in der Wohnung des Dienstgebers verkaufte, gar kein physisches Hinderniß zu überwinden gehabt haben. Aus dem Vorhandenseyn der vermutheten Gründe der gelinderen Behandlung der Privat-Veruntreuung kann man also durchaus nicht darauf schließen, daß irgend eine geschehene Zueignung fremden Eigenthumes eine Veruntreuung und kein Diebstahl sey.

Worin das die Veruntreuung vom Diebstahl unterscheidende Merkmahl besteht, weiß man recht gut, denn dasselbe ist im Gesetze klar ausgesprochen. Es besteht darin, daß das fremde Gut, welches der Thäter sich zueignet, ihm anvertraut war. Die Schwierigkeit liegt nur darin, daß das Gesetz nicht näher bestimmt hat, was es unter anvertrautem Gute verstehe. Daß man mit der grammatischen Auslegung oder mit dem Hinsehen auf den Sprachgebrauch nicht ausreicht, fällt wohl in die Augen. Die Grammatik und der Sprachgebrauch werden nie einen Aufschluß geben, warum es einen Unterschied mache, ob z. B. **A** den **B** bey seiner Uhr oder ob er seine Uhr bey dem **B** läßt, und dennoch sieht es jeder Jurist als einen Diebstahl an, wenn **B**, welchen **A** eine Stunde lang allein in seinem Zimmer läßt, die dort neben ihm frey auf dem Tische gelegene Uhr des **A** sich zueignet, und dagegen gilt es als eine Veruntreuung, wenn **A** die Uhr, welche **B** sich dann zugeeignet, in dessen Wohnung hinterlegt hatte. Der Grammatiker und der Sprachgebrauch halten sich bloß an das Stammwort „Vertrauen,“ allein dem Juristen ist damit nicht geholfen, denn es sagt ihm gleichsam sein Instinct, daß unmöglich jede Zueignung fremden Eigenthumes, wobey das dem Thäter geschenkte Vertrauen mißbraucht wird, eine bloße Veruntreuung seyn könne. Wo sind nun die Gränzmarken zu suchen? Im Gesetze muß man sie suchen und dort sind sie auch zu finden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Diebstahl und Veruntreuung stehen in einem solchen Zusammenhange, daß sie sich wechselseitig ergänzen und näher bestimmen. Nur

durch Combinirung der Definitionen von Diebstahl und Veruntreuung kommt man zur klaren Einsicht, was das Gesetz unter anvertrautem Gute verstehe, nähmlich eine Sache, welche Derjenige, der sich dieselbe zueignen will, nicht erst aus dem Besitze eines Andern zu entziehen braucht, sondern in deren Besitz er in Folge des ohne von seiner Seite unterlaufenen Arglist in ihn gesetzten Vertrauens schon früher gekommen war. Was unter anvertrautem Gute zu verstehen sey, erscheint nun nicht mehr zweifelhaft, wohl aber kann in manchen Fällen der Zweifel entstehen, ob zur Zeit der Zueignung des fremden Gutes der Thäter wirklich bereits im Besitze desselben gewesen sey. Daß das Gesetz im §. 151 des St. G. B. I. Th. nicht den Besitz im engeren Sinne, sondern die Detenten überhaupt im Auge hat, braucht als etwas ohnehin keinem Streite Unterliegendes zur Vermeidung allzugroßer Weitläufigkeit hier durch keine weitere Beweisführung dargethan zu werden. Auch darüber was unter Detention zu verstehen sey, bedarf es wohl keiner umständlicheren Auseinandersetzung. Innehabung, Detention, Gewahrsam ist nähmlich anerkannter Maßen jener factische Zustand, in welchem Jemand eine körperliche Sache dergestalt in seiner Macht hat, daß er nach Willkühr auf dieselbe einwirken und Andere davon ausschließen kann. Wird nur in einem concreten Falle darauf gesehen, ob der, welcher sich fremdes Gut zugeeignet hat, dasselbe erst aus der Inhabung eines Andern entziehen mußte, so dürfte jeder Zweifel, ob ein Diebstahl oder eine Veruntreuung vorliege, leicht behoben werden können. Freylich ist die Beurtheilung, ob Jemand eine Sache erst aus dem Besitze eines Andern entzogen habe oder bereits Inhaber derselben gewesen sey, in manchen Fällen nicht ganz leicht, doch dürfte man auch in den zweifelhaftesten Fällen alsbald zu einer richtigen Entscheidung kommen, wenn man den Grundsatz befolgt, zuerst auf das zur Zeit der Zueignung bestandene Verhältniß der Sache zu dem **Beschädigten** zu sehen, ob nähmlich der Begriff von Inhabung auf dieses Verhältniß anwendbar ist. Dieser Grundsatz, man muß zuerst darauf sehen, ob der **Beschädigte** zur Zeit der That noch Inhaber der Sache war, wornach sich hinsichtlich des Thäters das Gegentheil von selbst ergebe, beruht auf der Erwägung, daß der Begriff von anvertrautem Gute durch die gesetzliche Bestimmung, die Sache

dürfe nicht erst aus dem Besitze eines Andern entzogen werden müssen, festgestellt ist, folglich das Verhältniß der Sache zu dem Beschädigten zuerst ins Auge gefaßt werden muß, und daß das Verhältniß der Sache zu dem Beschädigten, welcher zur Zeit der Zueignung sich leidend verhielt, eine ruhige Anschauung gestattet, während der Beschädiger thätig war, folglich sein Verhältniß zur Sache in einer Veränderung begriffen war und man daher dieses Verhältniß verschieden beurtheilen kann, je nachdem man es in einem früheren oder etwas späteren Momente ins Auge faßt. Hat man nun diesen Grundsatz befolgt und sich bey Anwendung desselben überzeugt, daß zur Zeit der geschehenen Zueignung einer Sache der Begriff von Inhabung noch auf das Verhältniß der Sache zu dem Beschädigten Anwendung fand, so hat der Thäter die Sache, um sich dieselbe zuzueignen, erst aus dem Besitze des Beschädigten entziehen müssen, folglich war dieselbe im Sinne des Gesetzes kein anvertrautes Gut.

Wird nun das Gesagte auf den Rechtsfall angewendet, welcher den eigenthümlichen Gegenstand dieses Aufsatzes bildet, so zeigt sich, daß Johann W. das Quecksilber, um sich dasselbe zuzueignen, erst aus dem Besitze der Fabrik entziehen mußte, daß ihm folglich das Quecksilber keineswegs im Sinne des Gesetzes anvertraut war. Faßt man nämlich das Verhältniß ins Auge, welches zwischen der Fabrik und dem Quecksilber obwaltete, so zeigt sich, daß auf selbes der Begriff von Inhabung selbst damahls, als Inquisit das Quecksilber aus der Belege forttrug, noch vollkommen anwendbar gewesen ist. Das Quecksilber befand sich in dem Fabriksgebäude, in einem Locale, wo Inquisit zu arbeiten, aber sonst auf keine Weise zu schalten hatte, und es läßt sich vorher wohl nicht läugnen, daß der Fabriks-Eigenthümer oder die ihn repräsentirende Administration das Quecksilber dort dergestalt in ihrer Macht hatten, daß sie nach Willkühr darauf einwirken und Andere davon ausschließen konnten. Dadurch, daß man dem Inquisiten die ausschließende Sperre der Belege überließ, hat sich der Fabriks-Eigenthümer oder Fabriks-Director keineswegs außer Stand gesetzt, nach Willkühr darauf einzuwirken und Andere davon auszuschließen. Der Fabriks-Director konnte, wann und so oft es ihm gefällig war, dem Inquisiten den Schlüssel abfordern, sich allenfalls auch eines anderen

Schlüssels bedienen, in die Belege gehen, mit dem Quecksilber disponiren und nicht bloß jeden Andern, sondern auch den Inquisiten von jeder Einwirkung darauf ausschließen. Sobald der Fabriks-Director das Thor der Fabrik zusperren ließ, war die ganze Fabrik, folglich auch die darin befindliche Belege, selbst für den Inquisiten, da derselbe außerhalb der Fabrik wohnte, unzugänglich. Wenn aber auch Inquisit im Fabriksgebäude gewohnt hätte und seine Wohnung sogar mit der Belege in Verbindung gestanden wäre, so hätte sich das in der Belege vorräthige Quecksilber doch nicht in seinem Gewahrsam befunden, so lange die Belege ein der Fabrik angehöriges Locale war, worin Inquisit bloß zu arbeiten und sonst auf keine Weise zu schalten hatte. So lange dieß der Fall war, blieb der Fabriks-Eigenthümer ausschließender Inhaber des Quecksilbers. Es würde allen Rechtsbegriffen widersprochen, Jemanden nicht als Inhaber einer Sache anzusehen, die sich in einer ihm gehörigen und von ihm zur Aufbewahrung derselben bestimmten Localität befindet, wo er nach Belieben und zu jeder Zeit damit schalten kann und wo außer ihm sonst Niemand ein Hausherrnrecht auszuüben berechtiget ist. Wenn man den Inquisiten mit dem Quecksilber unbewacht gebahren ließ, so stand es dem Eigenthümer oder Director der Fabrik doch jeden Augenblick frey, sich in der Belege einzufinden und dort Nachsicht zu pflegen. Daß man dem Inquisiten den Schlüssel dazu überließ, und wenn es auch für den Augenblick der einzige die Belege aufsperrende Schlüssel war, brachte das darin befindliche Quecksilber noch keineswegs aus dem Gewahrsam des Eigenthümers oder Directors der Fabrik, und daß das Quecksilber dort noch fortwährend unter dem stillschweigenden Schutze, in dem Gewahrsam des Fabriks-Eigenthümers oder Fabriks-Directors stand, ergibt sich auch daraus, daß Inquisit das Quecksilber heimlich und verstohlner Weise aus der Belege wegbringen mußte, bevor er beliebig und zu seinem eigenen Vortheile damit verfügen konnte. Allerdings kann auch bey einer wirklichen Veruntreuung eine solche heimliche Verschleppung vorkommen, allein es muß doch der Thäter schon früher die Sache in seinem ausschließenden Gewahrsam gehabt haben, während Johann W. ohne das Quecksilber aus der Belege wegzubringen oder wegbringen zu lassen, über dasselbe durchaus nicht die freye und beliebige Schaltung erlangen konnte. Das Anvertrauen

des Schlüssels zu einer Localität ist noch kein Anvertrauen der in dieser Localität befindlichen Sachen und der Beschließer ist durchaus nicht gleich einem Verwahrer als Inhaber der verschlossenen Sache anzusehen. Auch das Übergeben macht eine Sache noch nicht zu einer anvertrauten und wenn man daher auf das Überbringen der von der Fabrik bezogenen frischen Quecksilber-Vorräthe in die Belege als eine Übergabe ansehen wollte, so ist es doch für keinen Fall eine Übergabe in die ausschließende Inhabung des Inquisiten gewesen, und nur eine solche Übergabe würde die übergebene Sache in dem Sinne als eine anvertraute erscheinen lassen, daß es zu deren Zueignung von Seite des Übernehmers keiner Entziehung aus fremdem Besitze mehr bedürfte.

Es ist eine keineswegs verwerfliche Maxime, in Fällen, wo der Thatbestand zwischen Diebstahl und Veruntreuung schwankt, sich die Frage zu stellen, wer im Falle der durch einen Dritten geschehenen Entwendung zunächst als der Bestohlene erscheinen würde. Wenn dem **A** eine ihm vom **B** anvertraute Uhr durch den **C** gestohlen wurde, so wird Jedermann sagen, daß **C** den **A**, und nicht, daß er den **B** bestohlen habe. Wenn man aber im Falle einer durch einen Dritten geschehenen Entwendung nicht sagen kann, die Sache sey Demjenigen, der sie unter den Händen hatte, gestohlen worden, da war sie demselben auch nicht anvertraut. Hinsichtlich des Quecksilbers, womit Johann W. zu manipuliren hatte, würde man, wenn ein Dritter, z. B. mittelst nächtlichen Einbruches, dasselbe gestohlen hätte, nicht haben sagen können, man habe den Johann W. bestohlen, sondern Jedermann würde gesagt haben, der Fabrik sey Quecksilber gestohlen worden. Schon der Sprachgebrauch unterscheidet also gleichsam instinctmäßig einen wirklichen Inhaber von einem Solchen, der die Sache ohne eigentliche Inhabung unter den Händen hatte und so wenig ein Solcher im Falle der durch einen Dritten geschehenen Entwendung als der Bestohlene angesehen werden kann, so wenig kann ihm, wenn er selbst die Sache sich zueignet, diese That als eine bloße Veruntreuung angerechnet werden. Im Allgemeinen unterscheidet auch die criminalistische Praxis die eigentliche Inhabung recht gut von der scheinbaren und man behandelt es ohne Weitern als Diebstahl, wenn z. B. ein Drescher, der sich des Morgens den Schlüssel zur Scheuer

hohlt, denselben Abends zurückbringt und den ganzen Tag allein in der fremden Scheuer ist, dort Stroh oder ausgedroschenes Getreide nimmt, oder wenn ein Commis, der den Schlüssel zum Handlungsgewölbe hat und von seinem Principal Tage lang dort allein gelassen wird, etwas von den daselbst vorhandenen Waaren sich zueignet. Es scheint also in dem Falle des Johann W. wirklich bloß eine unrichtige Vorstellung von der Manipulation beym Belegen der Spiegel der Majorität den richtigen Anschauungspunct entrückt zu haben.

Die Handlungsweise des Johann W. war offenbar ein Diebstahl und es ist auch durchaus nicht richtig, daß er, um sich ein Quecksilber zuzueignen, gar kein physisches Hinderniß zu überwinden hatte, denn er mußte das Quecksilber aus der Belege wegbringen und so lange sich dasselbe noch dort befand, konnte jede Absonderung und Beseitigung eines Theiles davon nur als Vorbereitung oder Versuch, keineswegs aber als vollbrachte Zueignung angesehen werden. Es bedürfte auch von Seite des Johann W. einer eben so gefährlichen Triebfeder, um das Quecksilber in seinen Gewahrsam zu bringen, als von Seite jedes andern Diebes, welcher z. B. die Belege unversperrt traf, und es hätte daher auch, abgesehen davon, daß der Richter nur das Gesetz und nicht Rücksichten der Billigkeit zur Richtschnur nehmen kann, durchaus nicht für unbillige Härte erklärt werden können, wenn Johann W. des Verbrechens des Diebstahles schuldig erklärt und in die darauf verhängte viel strengere Strafe verfället worden wäre.

Versuch

einer Darstellung über, nach beendetem Criminalprocesse an die durch das Verbrechen Beschädigten zu erlassende Entschädigungserkenntnisse.

Von

Herrn Joseph Wölhelm,
Mag. Auscultanten in Olmütz.

Jede gesetzwidrige Handlung unterwirft einer Verantwortlichkeit.
Dieser an der Spitze unseres jetzt geltenden Strafgesetzbuches stehende Grundsatz so wie die im ersten Absatze der Einleitung zu demselben ausgesprochene größere Strenge gegen die der Sicherheit im gemeinen Wesen zunächst und im höhern Grade nachtheiligen gesetzwidrigen Handlungen, findet seine letzte Quelle in der Strafpolitik, welche es ihrem Zwecke angemessen erachtet, solche gesetzwidrige Unternehmungen oder Unterlassungen, welche dem Thäter schon an und für sich Vortheile gewähren, nicht durch ihre bloße Ungültigkeitserklärung zu beseitigen, sondern als mögliche Rechtsverletzungen nur durch Androhung und bey deren wirklichem Eintreten auch durch Vollziehung eines angedrohten hauptsächlich nach der Triebfeder des Verletzers zu bestimmenden Übels hintanzuhalten. Da dieses Übel, bürgerliche Strafe genannt, dem obigen Grundsatz zu Folge, nur gegen den anerkannten Rechtsverletzer verhängt werden kann, unser Strafgesetz, hiermit übereinstimmend, laut §. 25 I. Thls. die wirkliche Strafe ebenfalls auf den Verbrecher beschränkte, so mußte die Gesetzgebung im §. 334 a. St. G. B.

I. Thls. den Hauptzweck des gerichtlichen Verfahrens mit dem, eines Verbrechens Beschuldigten dahin festzusetzen: dessen Schuld oder Schuldlosigkeit so vor Augen zu stellen, daß mit möglichster Zuverlässigkeit darüber geurtheilt werden könne.

Mit der Bestrafung eines Verbrechers erhält aber bloß das gegen den Letztern gerichtete in seiner Würde aufrecht zu erhaltende Strafgesetz seine Sanction, welche vorzüglich im öffentlichen Interesse liegt. Häufig, ja beynahe immer tritt jedoch bey Verbrechen auch das, auf Schadenersatz sich beziehende Privatrecht des hiedurch zunächst Betheiligten und Verletzten ein, welches, so weit es mit dem einzuleitenden Strafverfahren, ohne dessen wünschenswerther Beschleunigung Abbruch zu thun, vereinbar ist, um so mehr berücksichtigt werden muß, als Schadenersatz dem Beleidigten, ohne alle Strafgesetze, ebenfalls schon nach dem natürlichen Rechte zu leisten ist. Unsere weise Gesetzgebung war bemüht, auch dieser Anforderung zu entsprechen; denn durch die Vorschrift des §. 35 a. St. G. B. I. Thls.: „daß die Strafe des Verbrechers nichts an dem Rechte derjenigen ändere, welche durch das Verbrechen beleidigt oder beschädigt worden sind, und welchen dafür Genugthuung oder Entschädigung von dem Verbrecher, seinen Erben oder aus seinem Vermögen gebührt,“ hat dieselbe unwiderlegbar zu erkennen gegeben, daß ihr die Privatrechte nicht weniger, als die allgemeine Sicherheit heilig seyen und sie dieselben mit gleicher Sorgfalt geschützt wissen wolle. In Folge dessen wurde daher der weitere Zweck der Criminaluntersuchung im §. 338 lit. b dahin bestimmt: denjenigen, die durch das Verbrechen Schaden gelitten haben, Entschädigung zu verschaffen.

Wie umsichtig die Criminalgesetzgebung diesen genannten Zweck zu verfolgen bemüht war, erhellet schon aus der Betrachtung der §§. 234 lit. f und 243, nach welchen im Thatbestands-Erhebungswege die Größe des durch das Verbrechen zugefügten Schadens, in so fern er einen Ersatz zuläßt, bestimmt auszumitteln und über den verursachten Schaden genaue Erkundigung einzuziehen ist; ferner aus dem Inhalte der §§. 248, 252 und 253, welche die Vernehmung des Beschädigten über gewisse, den ihm zugegangenen Schaden und seine Entschädigung betreffende Puncte so wie die Abhörung anderer, hievon nähere Wissenschaft habender

unpartheyischer Personen und Schätzleute anordnen. Treffen kleinere mit größern Verbrechen zusammen, so muß, so bald es bey erstern auf eine Entschädigung ankommt, im Sinne des §. 342 wegen derselben, selbst mit Verzögerung des eigentlichen Untersuchungsgeschäftes, Nachforschung gepflogen werden. Beym ordentlichen Verhör des Beschuldigten sind nach §. 353 lit. i die besondern Fragen dahin zu richten, was dazu dienen kann, dem durch das Verbrechen Beleidigten oder Beschädigten die Wege zur Erhaltung seiner Genugthuung und Entschädigung zu öffnen oder zu erleichtern. Noch auffallender, als die berührten Gesetzesstellen zeigt dieß die im §. 404 lit. b ausgesprochene besondere Begünstigung, daß der Betrag des aus dem Verbrechen entstandenen Schadens, so weit es dessen Ersatz betrifft, durch das Zeugniß des Beschädigten oder des Verwahrers der beschädigten Sache allein bewiesen wird. Im Urtheile muß zu Folge des §. 426 **IV.** lit. b die Entschädigung, so der Verurtheilte etwa aus dem Verbrechen zu leisten hat, bestimmt oder vorbehalten, ja nach §. 522 dem Beschädigten sogar ein Entschädigungserkenntniß ausgefertigt werden. Wenn der im h. Hofdecrete vom 1. März 1822 Zahl 1848 nebst andern normirte Fall eintritt, daß der des Verbrechens gesetzmäßig zu Überweisende (oder Geständige) vor der Aburtheilung stirbt, so hat doch das zu schöpfende Urtheil den Umstand: daß der Untersuchte schuldig befunden wurde und auch den Anspruch über die zu leistende Entschädigung mit Übergehung der Strafe zu enthalten. Durch die zu leistende Entschädigung wird nach den §§. 476 und 477 lit. c auch die Wiederaufnahme der Untersuchung begründet. Das Criminalgericht selbst hat, wenn aus dessen Saumseligkeit ein Verbrecher dem Verfahren entgangen ist, denjenigen, welche hiedurch ihre Entschädigung verloren haben, zu Folge der im §. 222 enthaltenen Bestimmung den Ersatz zu leisten. Eben so kann dasselbe die Criminalkosten von einem nicht schuldlos erklärten Untersuchten nach §. 537 nur in so weit eintreiben, als Letzterer an Erfüllung jener Pflichten nicht gehindert wird, die ihm zur Leistung einer Entschädigung obliegen[1]).

---

[1]) Siehe die Abhandlung: „das Recht des Schadenersatzes und der Genugthuung“ von Herrn **Dr.** Joh. Bapt. Zugschwert. Wien **1837 (S. 76).**

Lenkt nun der Criminalrichter diesen Vorschriften gemäß seine Aufmerksamkeit auch dahin, wie er die Privatrechte des durch ein Verbrechen Beleidigten zu bewahren habe, so wird derselbe bey Schöpfung des Urtheils über eine geschlossene Untersuchung sich meistentheils in der Lage befinden, auch über den an Erstern zu leistenden Schadenersatz das Erkenntniß ergehen zu lassen.

Dieses letzt berührte Erkenntniß, so wie dessen vom Gesetze nicht näher bestimmte Form, wird jedoch in der Praxis weniger bey seiner Ausfertigung beachtet, obwohl es gewissermaßen der Impuls für den Civilrichter bezüglich der Geltendmachung der Entschädigungsansprüche ist. Die hieran geknüpfte, einem solchen Erkenntnisse im Rechtswege zukommende Wirkung einerseits, so wie andererseits die den Criminalrichter treffende Pflicht, dem durch ein Verbrechen Beschädigten seine Privatrechte auf Schadenersatz vollkommen zu bewahren, macht die beyden Fragen nicht überdrüssig.

I. Wann tritt der Fall ein, daß Entschädigungserkenntnisse auszufertigen sind; und

II. In welcher Form müssen dieselben dem Beschädigten zukommen, damit die hiedurch ertheilten Rechte zweckmäßig durchgesetzt werden können?

I.

Die Zuerkennung der Entschädigung bey beendeten Criminaluntersuchungen beruht zunächst auf dem durch ein Verbrechen entstandenen Schaden.

Zur gründlichen Beurtheilung dieses Satzes sind jedoch einige dabey benützte Begriffe näher zu erörtern, weßhalb dieselben mit Berücksichtigung der als Hauptquelle dienenden bürgerlichen Rechtsgesetze vorausgeschickt werden müssen.

Schade heißt nach §. 1293 des a. b. G. B. jeder Nachtheil, welcher Jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Die Veranlassungen derselben liegen entweder in einer widerrechtlichen (willkührlichen oder unwillkührlichen) Handlung oder Unterlassung eines Andern, oder in einem Zufall (§. 1294 a. b. G. B.). Nur die willkührliche Beschädigung begründet ein Verschulden, welches bey einem auf bösem Vorsatze beruhenden Verbrechen im höhern Grade vorhanden ist und mithin auch den

Verbrecher unter die Vorschrift des §. 1295 a. b. G. B. stellt, nach dessen Inhalt Jedermann berechtigt ist, von dem Beschädiger den Ersatz des ihm aus Verschulden zugefügten Schadens zu fordern.

Wie die Quelle des Schadens ist auch die Art des Schadenersatzes verschieden. Der Ersatz betrifft nähmlich nach §. 1323 a. b. G. B. entweder nur den erlittenen Schaden, wo er eigentlich Schadloshaltung heißt, oder er bezieht sich auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung, in welchem Falle er Genugthuung genannt wird. Da nun letztere vermöge §. 1324 a. b. G. B. bey einem aus böser Absicht zugefügten Schaden erfordert werden kann, so versteht es sich von selbst, daß der Verbrecher dem Beschädigten nicht bloß zur Schadloshaltung, sondern vielmehr zur Genugthuung, welche theils im §. 335, theils in den §§. 1325 bis 1331 a. b. G. B. mit Rücksicht auf das Object des Schadens näher bestimmt wurde, verpflichtet sey. Hieraus sollte man freylich weiters folgern können, daß, wenn im Strafgesetze I. Theils vom Ersatze, wie z. B. im §. 234 lit. f, oder von Entschädigung, wie in den §§. 252, 338 die Rede ist, hierunter auch die Genugthuung wenigstens dann verstanden werden müsse, sobald dieselbe nicht ausdrücklich, wie z. B. im §. 353 lit. i und §. 404 lit. b von der Entschädigung unterschieden wird. Allein man würde sehr irren, einen solchen Schluß zu ziehen; denn schon aus dem Umstande, daß das Strafgesetz den Begriff der Entschädigung von jenem der Genugthuung so häufig trennt, kann entnommen werden, daß die Ausdrücke: „Entschädigung, Ersatz“ in engerer Bedeutung, also keineswegs in jenem Umfang, welcher der Genugthuung zukömmt, zu nehmen sind; aber auch abgesehen davon, enthält ja der §. 525 a. St. G. B. I. Thls. die klare Bestimmung, daß die Genugthuung immer nur im gewöhnlichen Rechtswege zu suchen sey, und bringt zu der Überzeugung, daß das Strafgesetz unter: „Entschädigung, Ersatz“ bloß die Erstattung des wirklich erlittenen Schadens, also die Schadloshaltung, mit Ausschluß der Genugthuung, gemeint habe. Die Schadloshaltung ist es demnach, welcher bey Criminaluntersuchungen vorzugsweise ein besonderes Augenmerk gewidmet werden muß, um sodann die im §. 522 a. St. G. B. I. Thls. verordnete Ausfertigung des Entschädigungserkenntnisses vornehmen zu können.

Mit Hinblick auf diese Bestimmungen bestehen nun bey der Frage: wann ein Entschädigungserkenntniß auszufertigen ist, die Anhaltspuncte im Folgenden:

Der Criminalrichter wird bey Schöpfung des Urtheils rücksichtlich des hierauf zu gründenden Entschädigungserkenntnisses vorerst zu würdigen haben, ob ein ersetzbarer Schade nach dem bereits entwickelten Begriff aus dem Verbrechen wirklich entstanden ist und noch bestehe, also nicht etwa z. B. durch Zurückstellung des entzogenen Gutes, durch Aushändigung desselben auf Veranlassung des nach den §§. 514 und 522 a. St. G. B. I. Thls. hiezu verpflichteten Criminalgerichtes oder durch die, dem Beschädigten freystehende Verzichtleistung behoben worden ist. Gewinnt der Criminalrichter aus dem in dieser Richtung erhobenen Thatbestand sowohl, als aus der mit dem Beschuldigten durchgeführten Untersuchung diese Überzeugung, so ist die erste Bedingung zur Zuerkennung der Entschädigung, das Object derselben vorhanden; dieselbe fällt jedoch hinweg, sobald, wie gesagt wurde, die Zurücksetzung in den vorigen Stand bereits früher Statt fand, und sohin den Ausspruch über den Ersatz eines nicht mehr bestehenden Schadens überflüssig gemacht hat (§. 1323 a. b. G. B.). Da weiters der Schade sowohl die Person als auch das Vermögen oder andere Rechte des Beschädigten betreffen kann, so liegt es in der Natur der Sache, daß vor dem Erkenntnisse über Entschädigung nicht bloß der Schade an und für sich, sondern auch der Beschädigte selbst müsse eruirt worden seyn, weil ein solches Erkenntniß seinen Zweck nicht erfüllen, nähmlich dem zunächst betheiligten Subjecte nicht zukommen und bekannt gemacht werden könnte, mithin wirkungslos wäre. Deßhalb schreibt der §. 522 a. St. G. B. I. Thls. vor: daß von Amtswegen aufgeklärt werden solle, welcher Schade aus dem Verbrechen entstanden ist, auch in dem Urtheil nur dann etwas in Beziehung auf Entschädigung zu bestimmen sey, wann der Betrag des Schadens und die Person, welcher die Entschädigung gebührt, aus der Verhandlung deutlich und zuverlässig erhellt, und daß in diesem Falle das Erkenntniß dahin zu schöpfen ist, wann und in welchem Betrage vom Verbrecher Entschädigung geleistet werden müsse.

Hiedurch allein wird aber noch nicht die Möglichkeit der Zuerkennung einer Entschädigung für den Criminalrichter begründet; denn

der Beschädigte ist ja nach §. 1295 a. b. G. B. nur berechtigt, von dem Beschädiger oder dessen Erben (§. 548 a. b. G. B.) den Ersatz des aus seinem Verschulden zugefügten Schadens zu fordern. Es muß somit noch erwogen werden, ob der des Verbrechens Beschuldigte, über welchen nach Lage der gegen ihn vorhandenen Beweise das Urtheil zu schöpfen ist, wirklich als Beschädiger anzusehen sey. Die juridische Gewißheit hierüber erlangt der Criminalrichter aber nur in dem Falle, wenn der Beschuldigte des Verbrechens nach Vorschrift der Strafgesetze für schuldig und somit zugleich für den Thäter eben jener Handlung oder Unterlassung erkannt wurde, woraus der Schade entstanden ist; konnte jedoch die Person des Beschädigers nicht zur Evidenz gebracht, und mußte der des Verbrechens Verdächtige aus diesem Grunde wegen Mangel rechtlicher Beweise entlassen oder gar für schuldlos erklärt werden, so behebt sich die Ausfertigung eines Entschädigungserkenntnisses von selbst, weil eben durch ein Urtheil der letzten Art der Criminalrichter erkannte, daß der von ihm Untersuchte nach objectiven Gründen, nicht für den Thäter der verbrecherischen Handlung oder Unterlassung, daher auch nicht für jene Person gehalten werden könne, welche Entschädigung zu leisten sonst verbunden seyn würde. Hieraus folgt, daß auch das Subject, welches Entschädigung leisten soll, durch die Criminaluntersuchung müsse eruirt worden seyn, und in dieser Hinsicht enthält der §. 522 a. St. G. B. I. Thls. die weitere Bestimmung, daß mit dem Strafurtheile zugleich das Erkenntniß geschöpft werde soll, wann und in was für einem Betrag von dem Verbrecher eine Entschädigung zu leisten sey, woraus die Überzeugung erwächst, daß bloß im Falle einer gegen den Untersuchten ausgesprochenen Schuld ein Entschädigungserkenntniß erfließen dürfe, weil nur dann der vom Gesetze gebrauchte Begriff „Strafurtheil" und „Verbrecher" Anwendbarkeit findet.

Es frägt sich nun weiters, nach welchem Maßstabe der zugefügte Schade zu ersetzen sey? — Schade muß ohne Zweifel schätzbar seyn, d. i. dessen Betrag mit dem Werthe einer zum Verkehre geeigneten Sache verglichen werden können (§. 303 a. b. G. B.). Da diese Vergleichung am sichersten mit dem allgemeinen Tauschmittel, dem Gelde geschieht, ja selbst gerichtliche

Schätzungen mit einer bestimmten Summe Geldes vorgenommen werden müssen (§. 304 a. b. G. B.); so kann bey der Zuerkennung einer Entschädigung auch von Seite des Criminalrichters nur eine bestimmte Geldsumme, ein Geldbetrag, als Äquivalent angenommen, und der sonach erhobene Schätzungswerth zugesprochen werden. Um in Betreff des Letztern eine feste Grundlage zu haben, ist schon im Thatbestandserhebungswege nach Vorschrift der §§. 252, 253 a. St. G. B. I. Thls. der wahre Betrag des Schadens zu erheben, und nach §. 522 von Amtswegen aufzuklären, was für ein Schade aus dem Verbrechen entstanden sey, sogar in dem, der zuzusprechenden Entschädigung doch zum Grunde liegenden Urtheile nur dann etwas in Beziehung auf Entschädigung zu bestimmen, wann der Betrag des Schadens . . . aus der Verhandlung deutlich und zuverlässig erhellt. Das Gesetz spricht hier von Deutlichkeit und Zuverlässigkeit, somit von Eigenschaften, welche sich nur rücksichtlich des wirklichen, durch das Verbrechen zugefügten Schadens, aber nicht hinsichtlich anderer Vortheile, welche dem Beschädigten hiedurch entzogen worden sind, denken lassen. Diese Bemerkung führt zu dem Schlusse, daß der zuzuerkennenden Entschädigung bloß der wirklich erlittene Schade zum Grunde liegen könne, alle andern Ansprüche aber nur vor dem Civilrichter, welcher die Privatrechte näher bestimmt, geltend zu machen sind [1].

Endlich gehört zur Ausfertigung des Entschädigungserkenntnisses die eingetretene Rechtskraft des Criminalurtheiles; es muß also dasselbe weder einem höhern Zug unterliegen, noch dagegen ein Recurs ergriffen werden können; denn in den letztern Fällen bleibt ja die Abänderung des erstrichterlichen Strafurtheiles in Aufhebung der Untersuchung aus Mangel rechtlicher Beweise oder sogar auf Schuldlosigkeit noch möglich; ein Erkenntniß der letzten Art schließt aber nach dem bereits Gesagten jede Zuerkennung einer Entschädigung aus.

Beym Vorhandenseyn aller bisher angegebenen Bedingungen muß die unbedingte Zuerkennung der Entschädigung durch das nach Vorschrift des §. 522 a. St. G. B. I. Thls. an den

[1] Vergleiche hiemit den Eingang ad 1 dieses Aufsatzes.

Beschädigten auszufertigende Entschädigungserkenntniß erfolgen, und Letzterer kann die Leistung der Entschädigung vor dem Civilrichter nach §. 523 a. St. G. B. I. Thls. im Wege der Execution erzwingen.

Allein auf diese, von dem Eintritte der angeführten Bedingungen abhängigen Fälle scheint der dem Beschädigten vom Criminalgerichte zu leistende Vorschub nicht beschränkt zu seyn, weil es bey weitem mehrere Untersuchungen gibt, bey deren Abschluß sich die zwar als vorhanden anzunehmende Entschädigung dem Criminalrichter aus irgend einem Grunde als unzuverlässig darstellt, dieser Umstand allein aber, bey dem anerkannten Rechte des Beschädigten auf Ersatz nicht hinderlich seyn kann, die Ausfertigung eines, dieses Recht bezeichnenden Entschädigungserkenntnisses zu verlassen. Zu dieser Ansicht findet man sich um so geneigter, als eine entgegengesetzte mit jenem besondern Schutz, welchen unser Strafgesetz dem durch ein Verbrechen Beleidigten gewährt, nicht im Einklange stehen würde. Die Schwierigkeit der Rechtfertigung dieser Ansicht besteht darin, daß im a. St. G. B. I. Thls. keine Bestimmung enthalten ist, welche die Ausfertigung eines Erkenntnisses in Fällen der Entschädigung so klar und deutlich anordnete, wie dieß im §. 522 a. St. G. B. I. Thls. geschehen ist. Das Criminalgericht hat zwar, wenn es mit Zuverlässigkeit zu bestimmen außer Stande ist, wem eigentlich eine Entschädigung aus dem Verbrechen gebühre, oder worin dieselbe zu bestehen habe, hierüber ebenfalls zu erkennen, aber nach §. 524 nur dem Strafurtheile einzurücken, daß denjenigen, denen der Verbrecher Schaden gethan, ihre Entschädigung im ordentlichen Rechtswege zu suchen, bevorstehe. Von der besondern Ausfertigung eines Entschädigungserkenntnisses aber macht dieser citirte §. nicht die geringste Erwähnung, obwohl er gerade das Verfahren für jene Fälle bestimmt, in welchen das Criminalgericht über Entschädigung mit Zuverlässigkeit zu erkennen nicht vermag.

Wenn jedoch erwogen wird, daß der höchste Gesetzgeber auch die im §. 524 a. St. G. B. I. Thls. enthaltene Norm vorzüglich mit Rücksicht auf die durch ein Verbrechen Beschädigten erlassen hat, so erscheint es allerdings zulässig, zu behaupten, daß es in der Absicht desselben liegen mußte, dem durch ein Verbrechen zu Schaden Gekommenen auch einen Beweis über seine, wenn auch unzuverlässig

gebliebene Entschädigung zu verschaffen. Da nun solchen Beschädigten Abschriften des Strafurtheils selbst nicht ertheilt werden können [1]), so würde ihnen der vom Gesetze gegönnte und sogar in dem Strafurtheile auszusprechende Schutz bezüglich ihrer Entschädigungsansprüche gar nicht bekannt werden, wenn an sie nicht insbesondere ein Entschädigungserkenntniß erginge. Dessen Ausfertigung muß daher schon in dieser Hinsicht nothwendig seyn. Zudem spricht der §. 524 selbst von einem vorbehaltenen Rechte, gestattet weiters den Beschädigten die aus diesem Rechte fließende Einsicht der Untersuchungsacten und die Erhebung von Abschriften der betreffenden Stellen; wie sollte nun eben dieser §. nach seiner hervorleuchtenden Absicht aufgefaßt, auch nur der Vermuthung Raum geben, daß dieses Recht nicht zur Kenntniß des Beschädigten kommen soll? Dieß würde heißen, demselben ein Recht einräumen, aber ihn nicht in die Lage setzen wollen, hievon vortheilhaften Gebrauch machen zu können. Ein solcher, der Absicht des Gesetzes widersprechende Sinn liegt offenbar nicht in der Vorschrift des §. 524 a. St. G. B. I. Thls. Würde aber auch wirklich durch das so eben Erörterte der obige Zweifel nicht gelöset seyn, so biethet der §. 1340 des a. b. G. B. einen desto sicherern Anhaltspunct für die Richtigkeit der ausgesprochenen Ansicht. Denn dieser § erwähnt eines Erkenntnisses, in welchem auszudrücken ist, daß dem Beschädigten die Entschädigung im Wege Rechtens zu suchen vorbehalten bleibe. Unter diesem Erkenntnisse kann aber nicht das Strafurtheil des §. 524 des a. St. G. B. I. Thls., sondern es muß hierunter ein Erkenntniß verstanden werden, welches den Beschädigten mit dem ihm gebührenden Entschädigungrechte bekannt machen soll. Einen Beweis hiefür liefert der Umstand, daß der §. 1340 des a. b. G. B. nur von der Bestimmung einer Entschädigung, dem Ersatze des Schadens spricht, daß somit auch das darüber zu erlassende Erkenntniß bloß diese Gegenstände berühren kann. Hätte daher wirklich der §. 524 des a. St. G. B. I. Thls. die Ausfertigung eines Entschädigungserkenntnisses in denen daselbst bestimmten Fällen beseitigen wollen, so würde der-

[1]) Siehe den letzten Satz des §. 547 des a. St. G B. I. Thls. im Vergleiche mit den §§. 448, 449, 464, 523.

selbe durch den später erflossenen §. 1340 des a. b. G. B. abgeändert worden seyn.

Dem Gesagten zu Folge kann man also mit Grund annehmen, daß es außer den obigen, auf unbedingte Zuerkennung der Entschädigung lautenden Erkenntnissen, noch eine zweyte Art derselben, nähmlich jene, die Vorbehaltung der Entschädigung aussprechende, somit durch den noch vorläufig einzuhohlenden Ausspruch des Civilrichters bedingte Erkenntnisse gebe, und daß das Verfahren der Praxis, nach welchem die Ausfertigung solcher Erkenntnisse an den Beschädigten immer vorgenommen wird, keineswegs als ein gesetzwidriges angesehen werden könne.

Daß es jedoch zwischen beyden Arten der berührten Entschädigungserkenntnisse wesentliche Unterschiede gäbe, liegt am Tage; denn a) enthalten jene auf unbedingte Zuerkennung der Entschädigung den bestimmten Betrag des Schadens, dessen Ersatz dem Beschädigten zugesprochen wird, während in den Erkenntnissen der zweyten Art die Entschädigung im Allgemeinen bloß vorbehalten wird. b) Haben die Erkenntnisse der ersten Art die Wirkung eines andern rechtskräftigen Urtheils und es muß auf Grund derselben vom Civilrichter unmittelbar die Execution ertheilt werden (§. 523 des a. St. G. B. I. Thls); bey den Erkenntnissen der zweyten Art liegt jedoch dem Beschädigten vorerst ob, das vorbehaltene Recht auf Entschädigung und die Höhe derselben im Civilwege nach den zur Durchsetzung des formellen Rechtes erlassenen Vorschriften der Gerichtsordnung mittelst ordentlicher Klage auszutragen (§. 1338 des a. b. G. B.), um sodann auf Grund des erflossenen, ihm günstigen Urtheils im Falle verweigerter Leistung die Execution in Anspruch nehmen zu können. c) Gewähren die Erkenntnisse der zweyten Art hingegen wieder den Beschädigten die Vortheile des Einsehens der Untersuchungsacten und der Erhebung von Abschriften, welche Begünstigungen den Erkenntnissen der ersten Art durch den §. 523 des a. St. G. B. I. Thls. selbst in dem Fall nicht eingeräumt wurden, wenn der Beschädigte eine größere, als die zugesprochene Entschädigung im Civilwege geltend zu machen vermeint.

Daß es auch Entschädigungserkenntnisse geben könne, welche gemischter Natur sind, nähmlich die Zuerkennung einer bestimmten Entschädigung und zugleich die Vorbehaltung einer weitern, jedoch

im Criminalverfahren unzuverlässig gebliebenen Entschädigung enthalten, wird wohl nicht in Abrede zu stellen seyn. Solche Erkenntnisse sind theilweise executionsfähig, theilweise gehört ihre Geltendmachung auf den Rechtsweg; sie haben daher die Wirkung der Erkenntnisse der ersten und zweyten Art und es versteht sich von selbst, daß das bisher über beyde Arten der Entschädigungserkenntnisse Entwickelte auch auf Erkenntnisse gemischter Eigenschaft Anwendung finden müsse.

II.

Sobald der Fall der Ausfertigung von Entschädigungserkenntnissen eingetreten ist, kömmt die weitere, Eingangs aufgeworfene Frage zur Sprache, nähmlich: welche Form dieselben haben müssen, um die hiedurch ertheilten Rechte zweckmäßig durchzusetzen.

Da die Entschädigungserkenntnisse zunächst auf dem erflossenen Strafurtheile beruhen und letzteres jederzeit in Vorhinein geschöpft werden muß, so kommen jenen alle wesentlichen Eigenschaften des Strafurtheils selbst, mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen zu, welche bloß den Verurtheilten, wie z. B. dessen Strafe, den Ersatz der Criminalkosten betreffen, und somit füglich übergangen werden können. Es dürfen daher mit Berücksichtigung des die Erfordernisse eines Urtheils feststellenden §. 426 des a. St. G. B. I. Thls. und des §. 522 und 524 eben desselben a. St. G. B. folgende Eigenschaften einem Entschädigungserkenntnisse, sey es um eines der ersten oder zweyten Art, nicht fehlen:

a) Der Vor- und Zunahme, auch Spitznahme, wenn dem Verbrecher ein solcher gegeben ist, so wie der Stand oder Character des Verurtheilten und dessen ordentlicher Wohnort. Denn der Beschädigte muß Nahmen, Stand und Wohnsitz desjenigen kennen, gegen welchen seine Entschädigungsansprüche anerkannt worden sind, wenn auch nur aus der Ursache, daß er in die Lage gesetzt werde, seine Executionsschritte einleiten, allenfällige Klage auf größern als den zuerkannten Ersatz oder auf vorbehaltenen Schaden, so wie auf Genugthuung bey dem ordentlichen Civilrichter des Verurtheilten anbringen zu können (§§. 523 und 525 des a. St. G. B.).

b) Die Benennung des Verbrechens oder der Ver-

brechen, worüber das Strafurtheil gefällt wurde; denn letzteres erfloß über die gegen den Verurtheilten eingeleitete und abgeschlossene Criminaluntersuchung (§. 415 des a. St. G. B. I. Thls.), es enthält den Grund des auszufertigenden Entschädigungserkenntnisses, und so wie überhaupt in jedem richterlichen Erkenntnisse die Veranlassungen desselben angedeutet werden sollen, so darf auch bey diesen Erkenntnissen der Mangel dieser Eigenschaft nicht fühlbar seyn. Die Verbrechen betreffen weiters die Person, das Vermögen oder andere Rechte des Beschädigten, wornach die in den §§. 335, 336 so wie 1325 bis 1331 des a. b. G. B. vorkommenden besondern Arten des Schadenersatzes geltend gemacht werden können. Dem Civilrichter wird also durch die nähere Bezeichnung des Verbrechens die Gelegenheit gegeben, sich von der Rechtmäßigkeit des Begehrens des Beschädigten zu überzeugen, wenn er hierüber zu entscheiden aufgefordert wurde.

Gehört zum wesentlichen Inhalte des Entschädigungserkenntnisses der richterliche Ausspruch: daß der Untersuchte für straffällig, somit des Verbrechens oder der Verbrechen an den mit Nahmen und Stand bestimmt zu bezeichnenden Beschädigten schuldig erkannt wurde. — Bey oberflächiger Würdigung erscheint der Beysatz des „schuldig" in den Entschädigungserkenntnissen gerade unwesentlich; denn letztere sind ohnehin vom Criminalgerichte nur dann zu erlassen, wenn der Untersuchte für straffällig, schuldig erkannt wurde; es muß also, könnte man sagen, sich dieser Ausspruch schon von selbst verstehen, sobald ein Entschädigungserkenntniß vorliegt. Allein so gegründet diese Einwendung scheinen mag, so wenig stichhältig ist sie bey näherer Prüfung; denn man übersieht hierbey den Umstand, daß das Entschädigungserkenntniß vor dem Civilrichter seine Wirkung zu äußern bestimmt sey, dieser aber, weil er nur secundum acta et allegata entscheiden darf, häufig dem Beschädigten in seinem Rechte Abbruch zu thun, sich veranlaßt sehen müßte, wie dieß sogleich gezeigt werden soll. Die Aufnahme des „schuldig" im Entschädigungserkenntnisse hat aber auch in den Strafgesetzen selbst seinen Grund. Es ordnet nähmlich einestheils der §. 526 des a. St. G. B. I. Thls. an, daß den Urtheilen der eigentliche richterliche Ausspruch, also bey geständigen oder überwiesenen Untersuchten die Straffälligkeit, das Schuldig einge-

schaltet werde, anderntheils enthält der §. 426 des a. St. G. B. I. Thls die Vorschrift, daß die Entschädigungserkenntnisse bestimmen, wann . . . von dem Verbrecher eine Entschädigung zu leisten sey, so wie weiters der §. 524 dieses a. St. G. B. normirt, jenen, denen der Verbrecher Schaden gethan, ihre Entschädigung vorzubehalten. Da unsere Strafgesetze den Ausdruck „Verbrecher" nur von jenem Beschuldigten gebrauchen, welcher straffällig erkannt worden ist[1]), so läßt sich mit Recht behaupten, daß die §§. 426 IV. a) 522 und 524 des a. St. G. B. I. Thls. durch die Wahl dieser angeführten an sich zwar verschiedenen Ausdrücke doch eine und dieselbe Bestimmung anordnen wollten, und somit, wie in dem Urtheile, auch im Entschädigungserkenntnisse der eigentliche criminalrichterliche Ausspruch nach Weisung des §. 426 IV. a aufgenommen werden soll. Die Praxis irrt daher, wenn sie diesen Umstand außer Acht läßt, obwohl ihr Verfahren bey Ausfertigung der Entschädigungserkenntnisse nur aus der Ansicht entstehen mag, daß diese, nach §. 522 des a. St. G. B. I. Thls. ausgefertigten Erkenntnisse auch ohne Berührung des „schuldig" die Executionsfähigkeit erlassen. Allein eine solche Voraussetzung gilt schon einmal nicht von den, in Folge des §. 524 des a. St. G. B. I. Thls. erflossenen Erkenntnissen, ist daher nicht auf alle Fälle anwendbar, und zweytens kann ja der Beschädigte außer dem Rechte auf Execution von dem ihm zugekommenen Erkenntnisse noch einen andern Gebrauch vor dem Civilrichter machen. Enthält nicht der §. 523 des a. St. G. B. I. Thls. selbst die Bestimmung, daß der Beschädigte einen größern, als den zuerkannten Schaden zu fordern nicht gehindert sey, wenn er ihn zu erweisen vermag? — muß endlich nicht der Beschädigte das ihm nach §. 524 des a. St. G. B. I. Thls. vorbehaltene Recht auf Entschädigung, ferner auf Genugthuung mit Benützung jenes Entschädigungserkenntnisses im Rechtswege auszutragen für gut, ja sogar für nothwendig finden? Für diese so eben bezeichneten Fälle ist es aber nicht gleichgültig, ob der Criminalrich-

---

[1]) Einen Beweis hierüber liefern die §§. 9, 15, 18, 23, 24, 25, 27, 28, 35, 37, 450, 458, 475, 497, 508, 514, 516 des a. St. G. B. I. Thls.

ter den Beysatz des „Schuldig" in das Entschädigungserkenntniß aufgenommen habe oder nicht.

Denn da das Recht zum Schadenersatze wie jedes andere Privatrecht verhandelt werden muß (§. 1338 des a. b. G. B.), so erübrigt dem Beschädigten in allen diesen Fällen nichts anderes, als bey dem competenten Civilrichter des Verurtheilten (Beschädigers) eine Klage zu überreichen. In derselben wird er nicht nur den factischen Klagegrund, d. i. das begangene Verbrechen, woraus die Entschädigung erwachsen ist, weiters den unmittelbaren Zusammenhang zwischen demselben und dem als Thäter bezeichneten Geklagten, dann den erlittenen Schaden selbst und dessen Größe anführen (§. 3 G. O.), sondern auch seine Klage mit den nöthigen Beweisen hierüber versehen müssen, wenn er hoffen will, sein Begehren gehörig begründet zu haben, und richterlicher Seits denselben entsprochen zu sehen (§. 104 der a. G. O.). Den Beweis über den factischen Klagegrund und die unmittelbare Verbindung der That mit dem Thäter wird nun der als Kläger auftretende Beschädigte am geeignetsten durch das seiner Klage allegirte Entschädigungserkenntniß herzustellen im Stande seyn, vorausgesetzt, daß dasselbe die sub c angeführte Eigenschaft besitzt. Denn er liefert durch diese öffentliche Urkunde, welcher nach den §§. 111 und 112 der a. G. O. in Ansehung des Factums, worüber sie errichtet wurde, voller Glauben beyzumessen ist, dem Civilrichter nicht bloß den nach §. 104 der a. G. O. ihr obliegenden Beweis, daß das Verbrechen, als Grundursache des eingeklagten Schadens, wirklich existent, sondern auch, daß der Geklagte der Thäter dieses Verbrechens, somit jene Person sey, gegen welche, als Beschädiger, der Kläger nach §. 1295 des a. b. G. B. den Ersatz des Schadens zu fordern berechtigt ist. Es wird also auch das hieraus fließende Recht auf Entschädigung, — das Klagrecht — vollständig dargethan werden, weil, wenn sich der Beschädigte eines auf die angegebene Art ausgestellten Entschädigungserkenntnisses in der Civilverhandlung bedient, derselbe hiedurch das begangene Verbrechen und dessen Thäter nachweiset, er somit schon jene, in den §§. 335, 336 dann 1325 des a. b. G. B. näher bezeichneten unmittelbar aus dem Gesetze ihm zustehenden Forderungsrechte, also auch die ihm gebührende Genugthuung dargethan hat, und da diese immer weiter reicht, als der wirklich erlittene Schade, so ist es kei-

nem Zweifel unterliegend, daß hiedurch auch das Recht auf den Ersatz des wirklichen Schadens, wenn etwa bloß dieser angesprochen worden wäre, erwiesen sey. Der beschädigte Kläger hat also durch ein solches Entschädigungserkenntniß allein schon den Beweis über den Grad des unterlaufenen Verschuldens, das Quale der angesprochenen Forderung hergestellt, sich gegen mögliche, sonst gewiß mit Wirkung geltend gemachte factische Einwendungen seines Gegners geschützt, und er braucht andere, aus den Untersuchungsacten hergehohlte Beweise über das Quale seines Anspruches nicht zu allegiren. Ihm wird nur noch obliegen, über die Größe, das Quantum der Entschädigungsforderung standhafte Beweise zu liefern. Diese Aufgabe aber ist für den Kläger keineswegs schwierig; denn da eine Zurücksetzung in den vorigen Stand, wodurch der Schadenersatz freylich am vollständigsten geleistet würde, nicht möglich ist, so kann der Kläger zu Folge §. 1323 des a. b. G. B. nur den Schätzungswerth über den erlittenen Schaden ansprechen, und nachdem er sich hierüber Daten aus den Criminaluntersuchungsacten gesammelt hat (§. 524 des a. St. G. B. I. Thls.), wird er in der Klage mit Hinweisung auf letztere sich nach den Vorschriften der a. G. O. zum Schätzungseide erbiethen. Der Civilrichter muß bey bereits vorliegendem Beweise über das Quale der Forderung auf den Schätzungseid durch Urtheil erkennen, und weil diesen Eid der Kläger wird gewissenhaft ablegen können, so ist leicht einzusehen, in welche günstige Lage der Criminalrichter den als Kläger auftretenden Beschädigten, gegenüber dem Geklagten, durch ein, auf die bezeichnete Art ausgefertigtes Entschädigungserkenntniß versetzte.

Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn im Entschädigungserkenntnisse nur überhaupt, wie es die Erfahrung bewährt, erwähnt wird, daß dem Beschädigten Entschädigung gebühre oder dießfalls der Rechtsweg vorbehalten bleibe; denn es ist der Kläger sodann gezwungen, nebst dem ohnehin zu beweisenden Quantum seiner Forderung früher noch das Quale derselben darzuthun, weil aus einem solchen mangelhaften Erkenntnisse der Klagegrund, dessen Beweis nothwendig ist, nicht deutlich ersichtlich erscheint, und der bloß secundum acta et allegata entscheidende Civilrichter

hierin kein Substratum für den Beweis über das Quale findet. Der den Rechtsweg betretende Beschädigte muß sich demnach auf das Geständniß des Geklagten (Beschädigers) verlassen, oder aber diesen Beweis des Quale durch Zeugen, Kunstverständige oder den Haupteid herstellen. Zu den letztern, gehörig anzubiethenden Beweisen kann jedoch der Kläger nur durch ein erst zu erwirkendes Urtheil zugelassen werden, und da vor Führung derselben der Beweis über das Quantum des gestellten Anspruches nicht zugelassen werden kann (§. 217 des a. b. G. B.), so ist es offenbar, daß dem Kläger eine größere Beweiseslast aufgebürdet werde, abgesehen von der hiedurch herbeygeführten Verlängerung des Entschädigungsstreites und der Möglichkeit, daß das Quale des Schadenersatzes auch eines vollgültigen Beweises entbehrender entscheidende Civilrichter also schon deßhalb auf den angebothenen Beweis über das Quantum keine Rücksicht nehmen könnte, im Gegentheil den Kläger mit seinem Entschädigungsanspruch abweisen müßte.

d) Ist in den Entschädigungserkenntnissen nach Verschiedenheit der Art derselben, entweder der **Betrag**, welcher als **Ersatz** zuerkannt wird und der Auftrag an den Geklagten, diesen Ersatz zu leisten, auszudrücken; oder im andern Falle auszusprechen, daß denjenigen, welche der Verbrecher Schaden that, ihre **Entschädigung im ordentlichen Rechtswege zu suchen, bevorstehe.** Denn ohne Angabe des Betrages der zu leistenden Entschädigung wäre der zur Ertheilung der Execution angegangene Civilrichter der Verlegenheit ausgesetzt, nicht bestimmen zu können, in welcher Höhe dieselbe zu bewilligen sey, so wie ohne vorhergegangenen Auftrag an den Verurtheilten zur Ersatzleistung derselbe sich wenigstens einige Zeit gegen die gebethene Execution schützen würde. Fehlte aber der Beysatz, daß der Beschädigte auf den Rechtsweg verwiesen werde, in dem nach §. 524 des a. St. G. B. I. Thls. ausgefertigten Entschädigungserkenntnisse, so müßte dasselbe ganz unbrauchbar seyn, weil es dann ja gerade den **besondern** Grund seiner Ausfertigung nicht enthielt, gar kein Erkenntniß über Entschädigung genannt, und vom Beschädigten mit Zuhülfenahme desselben auch der Rechtsweg nicht betreten werden könnte. Es geschieht zuweilen in der Praxis, daß auch in dem auf Vorbehalt lautenden Entschädigungserkenntnisse ein numerisch bestimmter, die Höhe der

vorbehaltenen Entschädigung bezeichnender Betrag ausgedrückt wird, wenn nähmlich der einvernommene Beschädigte nebst dem wahren Betrag des aus dem Verbrechen entstandenen Schadens, gewisse auf den Rechtsweg gehörige Ansprüche mit Angabe des Vergütungswerthes gestellt hat. Tritt dieser Fall ein, so kann der in dem Entschädigungserkenntnisse erscheinende, solche Ansprüche bezeichnende Betrag wohl ein Anhaltspunct für den Civilrichter bey Mäßigung der schätzungsweise zu beschwörenden Entschädigung seyn, jedoch nach dem bereits früher Gesagten den Beschädigten durchaus nicht hindern, seine Forderung im Rechtswege höher zu stellen.

e) In jenen Fällen, wo mehrere Personen ein Verbrechen verübten, desselben schuldig erkannt, und somit für den hiedurch entstandenen Schaden nach §. 1301 des a. b. G. B. gemeinschaftlich verantwortlich wurden, darf die weitere Vorschrift des §. 1302 des a. b. G. B., wornach Alle für Einen, und Einer für Alle haften, nicht übersehen, vielmehr muß dieser Beysatz dem Entschädigungserkenntnisse deutlich eingeschaltet werden, obwohl es dem Beschädigten überlassen bleibt, gegen Alle oder Einen seine Rechte im Civilwege auszutragen, jenachdem er auf eine oder die andere Art deren Realisirung mit Grund erwarten kann.

f) Darf die Bestimmung der Zeit, wann der Ersatz zu leisten ist, den executionsfähigen Entschädigungserkenntnissen nicht fehlen. Denn da nach dem Wortlaute des §. 522 des a. St. G. B. I. Thls. dieselben auch den Umstand zu enthalten haben, wann eine Entschädigung zu leisten sey, so muß natürlich der Zeitpunct der Leistung angegeben werden. Vor Ablauf der hiernach zu bestimmenden, vom Zustellungstage des Entschädigungserkenntnisses zu berechnenden Frist kann ungeachtet der solchen Erkenntnissen im §. 523 des a. St. G. B. I. Thls. ohne Beysetzung einer Bedingung zugestandenen Rechtskraft, denselben keine Executionsfähigkeit zugestanden werden, weil sonst überflüssigerweise das Gesetz die Festsetzung einer Frist angeordnet hätte, und weiters dem Beschädiger (Verbrecher) die Gelegenheit benommen seyn würde, während ihres Laufes freywillig — zur Beseitigung der ihn sonst betreffenden Execution — den Ersatz zu leisten. Auch räumt der §. 523 des a. St. G. B. I. Thls. den berührten Entschädigungserkenntnissen alle jene Rechte, welche aus einem rechtskräftigen (Civil-) Urtheile fließen, ein, es ist also

ganz consequent, zu behaupten, daß, wie bey Civilurtheilen, auch bey den Entschädigungserkenntnissen die Bedingung ihrer Executionsfähigkeit eingetreten, d. i. die hierin angegebene Frist nach §. 301 der a. G. O. abgelaufen sey. Frägt man nun, auf welche Zeit diese Frist zu bestimmen ist, so muß der §. 300 der a. G. O. analog angewendet, somit, da es nur auf die Leistung einer Summe Geldes, den Betrag des Schadens, ankommen kann, eine vierzehntägige Frist festgesetzt werden.

Das Recht selbst, aus solchen Entschädigungserkenntnissen Execution anzusuchen, bleibt dem Beschädigten durch die ganze, im §. 1478 des a. b. G. B. auf dreyßig Jahre berechnete Frist unbenommen, welche Verjährungszeit auch jenen Entschädigungsklagen eingeräumt ist, die auf Grund eines nach §. 524 des a. St. G. B. I. Thls. ausgefertigten Entschädigungserkenntnisses angestrengt werden wollten (§. 1489 des a. b. G. B.).

g) Da die ämtliche Fertigung dem Entschädigungserkenntnisse erst den Character einer öffentlichen Urkunde verleiht und als solche insbesondere vom Civilrichter erkannt werden muß, so bildet diese Fertigung die letzte wesentliche Eigenschaft eines derartigen Erkenntnisses. Ob dasselbe aber von allen Mitgliedern des Criminalgerichtes, wie das gefällte Urtheil selbst, nach §. 432 des St. G. B. I. Thls. zu unterschreiben sey, kann bezweifelt werden; es dürfte vielmehr, der Ähnlichkeit mit Civilurtheilen wegen, genügen, wenn das Entschädigungserkenntniß nach der Vorschrift des §. 84 der a. Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 Nr. 464 von dem Präsidium oder Vice-Präsidium (Criminalgerichtsvorsteher) und einem Secretär (eigentlich Gerichtsschreiber) gefertigt wird.

Daß übrigens dem, durch ein Verbrechen Beschädigten auch ohne Besitz eines Entschädigungserkenntnisses der Rechtsweg offen stehe, hat das höchste, auch noch auf andere Fälle Bezug nehmende Hofkld. v. 4. Juli 1835 Zahl 15962 (a. h. Entschließung vom 27. May 1835) klar und deutlich entschieden [1]).

[1]) Siehe die Abhandlung des Herrn Leopold Staudinger, k. k. Appellationsrathes: „das Verfahren bey Entschädigungsforderungen betreffend“ in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzkunde. Jahrgang 1840. IX. Heft. Seite 133 bis 149.

Einige Fragen

über das Erbrecht unehelicher Kinder, als Beytrag zu den §§. 754, 670 und 617 des a. b. G. B. [1]).

Von

Herrn M. Damianitsch,
k. k. Hauptmann und Auditor.

I.

Gebührt, wenn ein uneheliches Kind vor seiner Mutter mit Hinterlassung von ehelichen Abstämmlingen gestorben ist, diesen die gesetzliche Erbfolge in die großmütterliche Verlassenschaft?

Diese Frage wird gewöhnlich aus dem Grunde verneint, weil uneheliche Kinder überhaupt von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft nach §. 165 des a. b. G. B. ausgeschlossen sind.

Die Gründe gegen diese Meinung bestehen in Folgendem:

1) Der §. 733 des a. b. G. B. lautet: „Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben ein oder mehrere Enkel vorhanden, so fällt der Antheil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem nachgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu.

[1]) Dieser Aufsatz macht keineswegs einen Anspruch auf den Rang einer gelehrten erschöpfenden Abhandlung, sondern sein Zweck geht hauptsächlich dahin eine tüchtigere Feder zur Bearbeitung der gestellten Fragen zu veranlassen, deren practische Wichtigkeit wohl nicht in Abrede gestellt werden kann.

Diese Regel ist hier allgemein hingestellt, muß daher so lange als geltend angenommen werden, als eine Ausnahme nicht erwiesen ist. Ausnahme ist hier der Verlust eines Rechtes, welcher nur behauptet werden kann, wenn ein positives Gesetz denselben ausspricht. Nun läßt sich aber kein Gesetz auffinden, welches einem ehelichen Kinde das Erbrecht in den Nachlaß der hier in Rede stehenden Großmutter entzieht, also kann dieser Verlust nach dem Gesetze auch nicht vorhanden seyn [1]).

2) Paßt, wie bereits anders wo [2]) bemerkt wurde, der Eingangs erwähnte gegenseitige Grund nicht auf das vorliegende Factum, denn es ist hier nicht sowohl die Rede von einem unehelichen Kinde, als vielmehr von dessen ehelichen Abstämmlingen, und obwohl jenes von den Familien- und Verwandtschaftsrechten gegenüber den Verwandten seiner Mutter ausgeschlossen ist, so kann es doch selbst durch die eheliche Zeugung Familien- und Verwandtschaftsverhältnisse begründen.

3) Wenn wir die §§. 143, 165, 166, 176, 198 und 155 des a. b. G. B. lesen, so sehen wir, daß die Verwandtschaftsrechte, welche den ehelichen Kindern hinsichtlich der Erziehung und der Vormundschaft zukommen, den unehelichen Kindern hinsichtlich des Vaters und dessen Verwandten, so wie den Verwandten ihrer Mutter nicht zustehen, hinsichtlich ihrer Mutter selbst aber sind ihnen die Verwandtschaftsrechte, aber auch die Familienrechte, in soferne sie von der Mutter auf die Nachkommen übergehen, nicht benommen, denn das uneheliche Kind führt den Geschlechtsnahmen der Mutter.

Daß der Adel der Mutter auf das uneheliche Kind nicht übergehe, ist keine Ausnahme, denn auch auf das eheliche Kind überträgt die Mutter ihren Adel nicht.

---

[1]) In den Nachlaß der Urgroßmutter hat aber ein solches, wenn gleich eheliches Kind kein gesetzliches Erbrecht, weil es auch seinem Älterntheile als unehelichen Enkel nicht zustand. Durch eine uneheliche Zeugung wird die Descendenz in Beziehung auf das Recht, nach dem Gesetze zu erben, gleichsam unterbrochen, und von der unehelichen Mutter an wird eine neue erbfähige Descendenz begründet (§§. 733 und 754 des a. b. G. B.).

[2]) Jurist VI. B. 2. H. S. 239.

4) Wer jene Verwandten sind, hinsichtlich deren Nachlaß das uneheliche Kind bey der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bestimmt der §. 754 des a. b. G. B., nähmlich: der Vater, die väterlichen Verwandten, dann die Ältern, Großältern und übrigen Verwandten der Mutter.

Ein uneheliches Kind ist aber von dem Nachlasse seiner Mutter nach dem §. 754 des a. b. G. B, so wie auch von dem seiner eigenen Descendenz nicht ausgeschlossen, denn a) ist diese im §. 754 nicht enthalten, mithin anzunehmen, daß sich auf selbe die Ausschließung nicht beziehe, und b) paßt hier der Ausdruck „uneheliches Kind“ nicht, denn in Bezug auf seine Nachkommenschaft ist es kein Kind, sondern zu den Stammältern (Vorfahren, Ascendenten) zu rechnen.

Aber auch die Mutter des unehelichen Kindes ist von der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß desselben nicht ausgeschlossen, vielmehr ist ihr dieselbe nach §. 756 des a. b. G. B. zugesichert; und eben so gebührt der Mutter, resp. Großmutter, das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß der weitern ehelichen Descendenz des unehelichen Kindes nach der allgemeinen Regel des §. 738 des a. b. G. B., da ihr dasselbe durch kein Gesetz entzogen ist.

Da aber die Erbrechte, wie aus dem ganzen Hauptstücke über die gesetzliche Erbfolge hervorgeht, und hinsichtlich der hier in Rede stehenden Frage insbesonders der §§. 754 und 756 des a. b. G. B. bewährt, mit einziger Ausnahme bey den Wahlältern (§. 756 [1])) durchaus wechselseitig sind, so läßt sich schon hieraus schließen, daß unser a. b. G. B., welches der Mutter eines unehelichen Kindes das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß der Descendenz desselben, resp. der Enkel nicht entzieht, dieses gesetzliche Ergebniß auch den ehelichen Enkeln in den Nachlaß ihrer Großmutter, resp. der Mutter des unehelich gebornen Älterntheiles nicht nimmt.

5) Folgt die Richtigkeit dieser Ansicht aus den weitern Worten des §. 754, denn

---

[1]) Es wird zwar die Wechselseitigkeit der gesetzlichen Erbfolge zwischen dem Vater und dem durch die Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinde von Einigen in Abrede gestellt, welcher Ansicht ich jedoch nicht beytrete.

a) ist kaum ein Zweifel, daß das Wort „Kinder" in diesem §. nach der allgemeinen Regel des §. 122 des a. b. B. G. im weitern Sinne zu nehmen sey, worauf auch der Gebrauch desselben in der vielfachen Zahl hinzudeuten scheint. Dort wo es bey der gesetzlichen Erbfolge im engern Sinne zu nehmen ist, wird dieß durch den Gegensatz: „Nachkömmlinge" angedeutet, oder es ist aus der Natur der Verfügung nicht anzunehmen, daß das Wort Kind im weitern Sinne gebraucht sey, wie z. B. im §. 757 des a. b. G. B.

b) Heißt es im §. 754: In Rücksicht auf die Mutter haben uneheliche Kinder bey der gesetzlichen Erbfolge in das frey vererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Man kann aber nur dann sagen, daß das uneheliche Kind dem ehelichen gleichgestellt sey, wenn man bey der Erbfolge in die Frage gar nicht einzugehen hat, ob das Kind ehelich oder unehelich sey. Ist aber diese Frage nicht zu stellen, so müssen auch die Descendenten des unehelichen Kindes bey der Nachfolge in die Verlassenschaft der Mutter dieses Kindes gleich jenen des ehelichen Kindes behandelt werden.

II.

Nach welchem Maßstabe wird das einer unehelichen Tochter von einem Dritten unbestimmt vermachte Heirathsgut bemessen?

Es wird zwar selten vorkommen, daß Jemand einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut vermacht, noch seltener also der in Frage stehende Fall. Allein dieß dürfte eine nähere Untersuchung und Auslegung des §. 670 des a. b. G. B. nicht überflüssig machen, da er nicht bloß auf den Fall, wo das Heirathsgut unbestimmt vermacht wurde, sondern auch auf andere Fälle angewendet werden muß.

Der §. 670 des a. b. G. B., welcher lautet: „Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut, so versteht man darunter, ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen, ein solches Heirathsgut, als der Vater dieser Person bey mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre," ist anwendbar:

1) wenn das Heirathsgut unbestimmt vermacht wurde, z. B. der Erblasser sagt: der Tochter A meines Bruders B vermache ich ein Heirathsgut.

2) wenn erwiesen vorliegt, daß der Erblasser einer dritten Person ein Heirathsgut vermachte, der Betrag im Testamente bestimmt wurde, die Größe desselben nun aber nicht mehr dargethan werden kann. Dieß ist der Fall, wenn aus was immer für Veranlassungen in einem schriftlichen Testamente der Betrag unleserlich geworden ist, oder die Zeugen des mündlichen Testaments wohl angeben können, daß das Heirathsgut vermacht wurde, den bestimmten Betrag aber vergessen haben, oder hierin nicht einstimmig sind. Denn in beyden Fällen ist gewiß, daß der Erblasser der dritten Person ein Heirathsgut vermacht hat, und nur der Betrag ist unbestimmt, also, wenn nicht nach den Worten, doch wenigstens nach der Analogie des §. 670 anwendbar. Ja selbst auch dann, wenn

3) der Erblasser den Betrag durchstrichen hätte, z. B. er sagte im Testamente: der Tochter A des N vermache ich 1000 fl. als Heirathsgut, durchstreicht die Zahl 1000, läßt aber die andere Verfügung stehen, muß behauptet werden, daß der Tochter ein Heirathsgut gebühre, denn dadurch, daß der Erblasser die andere Verfügung nicht durchstrich, legte er offenbar den Willen an den Tag, daß er selbe nicht aufgehoben wissen wolle, und nur hinsichtlich des Betrages noch uneinig sey, also ein Heirathsgut, welches aber unbestimmt blieb, hinterlassen wollte.

Die Anordnung dieses §., welcher nicht von jenen Fällen spricht, wo der Erblasser bestimmten Personen ein Heirathsgut zu geben schuldig ist (§. 1220 des a. b. G. B.), genügt, wenn die Legatarin ein eheliches Kind ist, reicht aber für jene Fälle nach dem Wortlaute nicht aus, wo die Vermächtnißnehmerin von unehelicher Geburt ist. Denn uneheliche Kinder haben auf den Stand ihres Vaters keinen Anspruch; es wird bey allem, was sie von ihrem Vater zu ihrer Erziehung und Versorgung ansprechen können, nie auf dessen Stand, sondern nur auf dessen Vermögen Rücksicht genommen; der Vater eines unehelichen Kindes ist oft gar nicht bekannt; daher bey der Frage, in welchem Betrage das einem unehelichen Kinde unbestimmt vermachte Heirathsgute auszumessen sey; zur Auslegung des Gesetzes die Zuflucht genommen werden muß.

Nach §. 166 haben uneheliche Kinder von den Ältern, also auch von der Mutter bloß eine ihrem Vermögen angemessene Versorgung zu fordern; zur Versorgung gehört auch das Heirathsgut, also, könnte man schließen, haben auch uneheliche Töchter in einem solchen Falle jenes Heirathsgut zu verlangen, welches ihre Mutter bey mittelmäßigem Vermögen zu geben verpflichtet wäre.

Allein hierdurch läßt sich das Heirathsgut noch nicht bemessen, denn es frägt sich noch, welches Vermögen ist ein mittelmäßiges? Dieser Begriff ist ein relativer, und man kann ihn nur dann bestimmen, wenn man auch den Stand desjenigen kennt, der im Besitze des Vermögens ist, denn der Betrag, welcher bey einem Stande als Reichthum erscheint, wird bey dem andern als Armuth angesehen. Denken wir nur an die Abstufungen vom Taglöhner bis zum reichen Fabrikanten, Handelsmann oder Güterbesitzer! Hieraus ergibt sich also auch, daß, um das von einem Dritten einer unehelichen Tochter unbestimmt vermachte Heirathsgut dem Betrage nach zu bestimmen, man den Stand der Mutter kennen müsse.

Wollte man dieß nicht zugeben, so müßte man allen unehelichen Töchtern ohne Unterschied und ohne Berücksichtigung der Mutter bey einem unbestimmten Vermächtnisse den nähmlichen Betrag als Heirathsgut geben, was in den meisten Fällen gewiß gegen die Absicht des Testators wäre. Ich nähme z. B. an: ein Sohn hat zwey uneheliche Töchter **A** und **B**, erstere mit einem Dienstbothen **C**, die zweyte mit **D**, Tochter aus einer zu den höhern Ständen gehörigen Familie erzeugt; er wollte die letztere auch ehelichen, allein er starb vor der Ehe. Der Vater will die Fehler seines Sohnes gut machen, vermacht beyden diesen unehelich erzeugten Töchtern ein Heirathsgut, welches aber unbestimmt ist. Für das Kind **A** dürfte vielleicht 200 fl. ausgemessen werden, gewiß aber würde dieser Betrag für das Kind **B** nicht angemessen seyn.

Um die Inconvenienz der Gleichstellung noch mehr einzusehen, so denken wir uns obigen Fall so: Der minderjährige Sohn habe nach der mit dem Dienstbothen **C** erzeugten Tochter **A** die **D** geehelicht, in der Ehe die Tochter **B** erzeugt, die Ehe wird aber, weil sie ohne der Einwilligung des Vaters geschlossen wurde, für ungültig erklärt, und der Sohn stirbt mit Hinterlassung der ungültig angetrauten **D** und der Tochter **B**. Der Vater, nach dessen Tode mit **D**

versöhnt, vermacht in seinem Testamente beyden unehelichen Töchtern seines Sohnes ein unbestimmtes Heirathsgut. In der Regel muß gewiß angenommen werden, daß er das Kind der **D** besser, als der **C** bedenken wollte.

Wie aber, wenn die Mutter eines unehelichen Kindes nicht bekannt ist?

Die Worte des Erblassers in seiner letztwilligen Anordnung und die vorliegenden Verhältnisse wären hier, wie bey letzten Verfügungen überhaupt, zunächst zu berücksichtigen. Ließe sich aber aus denselben die Frage nicht beantworten, so scheint es, wie beym Vermächtnisse des Unterhalts im §. 673 des a. b. G. B. angeordnet ist, angemessen zu seyn, auf den Stand Rücksicht zu nehmen, welcher dem unehelichen Kinde eigen ist, oder wozu es nach der bisherigen Erziehung vorbereitet wurde, weil anzunehmen ist, daß der Erblasser auch hiernach dasselbe versorgen wollte. Hat daher der Erblasser im obigen Beyspiel das uneheliche Kind **B** seines Sohnes zu sich genommen, dasselbe, wie seine eigene Tochter gehalten, und seinem eigenen Stande gemäß erziehen lassen, so ist ohne Zweifel sein Wille, dasselbe besser zu versorgen, als das mit einem Dienstbothen erzeugte Kind **A**, und es müßte daher, wenn die Mutter des Kindes **B** auch nicht bekannt wäre, im Falle eines für Beyde unbestimmt vermachten Heirathsgutes, dasselbe mehr erhalten, als das uneheliche Kind **A**.

Die Einwendung, daß uneheliche Kinder bloß nach dem Vermögen, nicht auch nach dem Stande der Mutter ein Heirathsgut ansprechen können, letzter daher nie zu berücksichtigen sey, zerfällt, wenn man bedenkt, daß hier nicht von dem Heirathsgute die Rede ist, welches das Kind von der Mutter nach dem Gesetze, sondern, welches dasselbe in Folge letzwilliger Anordnung aus dem Nachlasse eines Dritten fordern kann, wobey das Vermögen der Mutter in keine Betrachtung kommt, denn sonst müßte man zugeben, daß das uneheliche Kind, ungeachtet ein Dritter demselben ein unbestimmtes Heirathsgut vermacht hat, nichts bekommt, wenn seine Mutter kein Vermögen hätte, was doch offenbar unrichtig ist, und wie wollte man das Heirathsgut bemessen, wenn die Mutter des unehelichen Kindes, also auch deren Vermögen unbekannt ist.

III.

Erlischt die einer Tochter gemachte Substitution, wenn dasselbe ein uneheliches Kind hinterläßt?

Der §. 617 des a. b. G. B. erfordert, damit die seinem Kinde gemachte Substitution erlösche:

1) daß zur Zeit der gemachten Substitution das Kind noch keine Nachkommenschaft habe, und

2) daß dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlasse.

Es sind also bey der Frage, ob die Substitution erlösche, früher die zwey Fragen zu stellen:

1) War zur Zeit der Substitution schon eine Nachkommenschaft [1]) des Kindes vorhanden, und

2) ist das Kind erbfähig?

Diese Erbfähigkeit bezieht sich aber nicht auf den Nachlaß desjenigen, der die Substitution machte, sondern auf das Kind, dem substituirt wurde; denn es heißt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat; es ist also die Frage zu stellen: Ist der Nachkomme in Bezug auf das Kind, dem substituirt wurde, erbfähig oder nicht? Im ersten Falle ist die Substitution erloschen, nicht im zweyten.

Aus dieser den Worten des Gesetzes entnommenen Auslegung folgt, daß

1) die Substitution nicht erlischt, wenn der Sohn, den der erblasserische Vater substituirt hat, ein uneheliches Kind hinterläßt, denn dieses hat kein Erbrecht auf den Nachlaß seines Vaters (§. 754 des a. b. G. B.), hingegen

2) die Substitution erlösche, wenn

a) das uneheliche Kind nach §. 160 und 161 des a. b. G. B.

---

[1]) Als Nachkommen ist nach der allgemeinen Regel des §. 22 des a. b. G. B. auch das erzeugte Kind anzusehen, und nach dem Grunde des Gesetzes muß man den Nachkommen, welche zur Zeit der Errichtung des Testamentes vorhanden, aber dem Erblasser nicht bekannt waren, gleiche Rechte mit jenen geben, welche zu diesem Zeitpuncte noch nicht erzeugt waren.

noch bey Lebzeiten jenes Älterntheiles, dem substituirt wurde, legitimirt worden ist; bey Legitimation durch die Begünstigung des Landesfürsten aber nur dann, wenn dasselbe auf Ansuchen des Vaters, um gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern in dem frey vererblichen Vermögen zu genießen, legitimirt worden ist (§§. 162, 752 und 753 des a. b. G. B.), und wenn

b) der Mutter substituirt wurde, welche ein uneheliches Kind hinterlassen hat, denn hinsichtlich der Mutter sind uneheliche Kinder erbfähige Nachkommen, und dieses allein wird vom Gesetze gefordert.

Man kann nicht einwenden, daß uneheliche Kinder hinsichtlich der Verwandten der Mutter kein gesetzliches Erbrecht haben, denn das Erbrecht äußert sich nur hinsichtlich des Nachlasses der Mutter, nicht der Ascendenten derselben. Die Substitution des §. 617 enthält nach der gesetzlichen Verfügung eine Erbseinsetzung unter einer auflösenden Bedingung, welche aber nicht ausdrücklich gesetzt zu werden braucht, sondern sich von selbst versteht. Der substituirende Testator sagt eigenthümlich: Ich **A** vermache meiner Tochter **B** meinen Nachlaß. Stirbt dieselbe ohne erbfähige Nachkommen, so soll dieser Nachlaß auf den **C** übergehen. **B** erwirbt gleich nach dem Tode des **A** das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§§. 708 und 713 des a. b. G. B.), eingeschränkt bloß zu Gunsten desjenigen, der ihr substituirt ist. Stirbt **B** ohne Nachkommen, so ist es wohl richtig, daß **C** den Nachlaß des **A** erhält. Wenn aber **B** erbfähige Nachkommen hinterläßt, so geht im Augenblicke des Todes der **B** das Recht des **C** verloren, und der Nachlaß des **A** geht als Nachlaß der **B** auf deren Erben über.

Für diese zu Gunsten der unehelichen Kinder gemachte Auslegung spricht wohl auch der muthmaßliche Wille des Erblassers, welcher der gesetzlichen Erbfolge so wie den Anordnungen über das Erbrecht überhaupt zu Grunde liegt, da wohl anzunehmen ist, daß Jemand das, wenn auch uneheliche Kind seiner Tochter mehr begünstigen wolle, als eine fremde Person.

Gegenbemerkungen

zur Note Seite 413, 8. B. 3. H. im Juristen.

Von

Herrn M. Damianitsch,
k. k. Hauptmann und Auditor.

In dieser Note wird angeführt, ich habe in meiner Abhandlung über den §. 466 a. b. G. B.[1]) behauptet, daß die pfandrechtliche Belastung einer Sache der Übertragung des Eigenthumes derselben auf einen Andern im Wege stehe.

Ausdrücklich habe ich die Behauptung nicht aufgestellt, daß sie aber auch aus der citirten Stelle nicht gefolgert werden könne, will ich hier zeigen.

Diese meine Abhandlung wurde durch die im 6. Bande aufgestellte Ansicht, daß der Pfandgläubiger nach §. 466 a. b. G. B. das Faustpfand gegen jeden Besitzer desselben, somit auch gegen solche Personen, die unter den im §. 367 des a. b. G. B. aufgeführten Modalitäten das Pfandstück eigenthümlich an sich brachten, verfolgen, und hieraus seine volle Befriedigung suchen können, veranlaßt, und ich bemühete mich die Meinung zu begründen, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht gegen jenen nicht verfolgen könne, welcher auf die im §. 367 des a. b. G. B. angegebene Art in den Besitz des Pfandes kam, weil dieser hierdurch das Eigenthum der Sache erworben hat, und daß der §. 466 des

[1]) Jurist 8. B. 1. H. S. 141.

a. b. G. B. nur dann vollkommene Anwendung finde, wenn der Erwerber des Pfandes ein unredlicher Besitzer ist [1]).

Ich suchte die meiner Meinung entgegenstehenden Einwendungen zu widerlegen, und sagte Seite 141, wo die Eingangs erwähnte Behauptung gefunden werden will, Folgendes:

„Eine weitere Einwendung gegen die hier von mir aufgestellte Meinung könnte man in den Worten des §. 466 finden: Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern übertragen, so u. s. w."

„Man könnte nun sagen, das Gesetz entscheidet ausdrücklich diesen Fall, es setzt voraus, daß das Eigenthum der verpfändeten Sache übertragen wurde, selbes sohin der Übernehmer erwarb, und doch die Sache noch als Pfand hafte."

„Allein das Gesetz sagt nur: Hat der Schuldner das Eigenthum übertragen, daraus folgt nicht, daß es auch vom Falle spricht, wo es rechtlich übernommen, oder deutlicher, daß es auch erworben wurde, denn sonst hätte es diesen Ausdruck gebrauchen und sagen müssen: Ist das Eigenthum der verpfändeten Sache von einem Andern erworben worden, wie solches in den §§. 367 und 372 geschieht. Ist das Eigenthum nicht erworben worden, so findet, wie schon aus den §§. 367, 368 und 456 hervorgeht, das im Schlusse des §. 466 angeführte Recht des Pfandgläubigers Statt."

Ich frage nun, wo liegt in dieser Stelle (denn auf diese kann sich nur die erwähnte Note beziehen) die Behauptung, daß die pfandrechtliche Belastung der Übertragung des Eigenthumes auf einen Andern im Wege stehe?

Ich behaupte hier nur, daß der §. 466 nicht vom Falle spricht, oder nicht entscheidet, daß, wenn der Schuldner das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern überträgt, dieser auch schon hierdurch das Eigenthum erlange, sondern diese Entscheidung müsse aus andern und namentlich aus dem §. 367 des a. b. G. B. hergehohlt werden. Treten die Fälle dieses Paragraphes ein, so geht das Eigenthum der übertragenen Pfandsache auf den Übernehmer über (S. 139 Z. 1);

---

[1]) S. a. a. O. S. 139.

geschieht aber die Übertragung und die Übernahme der verpfändeten Sache nicht auf eine im §. 367, sondern auf eine im §. 368 des a. b. G. B. angeführte Art, so wird das Eigenthum nicht erworben (S. 139 Z. 3), und ist das Eigenthum nicht erworben worden, so und auch nur dann findet das am Schlusse des §. 466 angeführte Recht des Pfandgläubigers Statt, wornach er erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache (gegen den unredlichen Besitzer) suchen kann.

Meine Behauptung ist also nur diese, daß wenn während der Verpfändungszeit die verpfändete Sache an einen Dritten gelangt, dieser das Eigenthum nicht erwirbt, wenn die Übertragung der Sache nicht auf eine im §. 367 angegebene Weise vor sich gegangen ist, wobey jedoch nicht die pfandrechtliche Belastung, sondern der Mangel eines der Erfordernisse des §. 367 der Grund der Nichterwerbung ist.

Daß ich die mir zugemuthete Ansicht nicht hegte, wird übrigens auch durch meine Abhandlung selbst widerlegt, wo sich der Satz aufgestellt findet, daß das Eigenthum der verpfändeten Sache auf den redlichen Erwerber übergehe.

Wer hat in einer

Erbrechtsstreitigkeit als Kläger aufzutreten?

Aus dem Gesichtspuncte der Klugheit beantwortet.

Von

Herrn Franz Xaver Nippel,

k. k. n. ö. Appellationsrathe.

Der für die Ausbildung der vaterländischen Jurisprudenz eifrigst besorgte, aber derselben durch den Tod leider viel zu früh entrissene Regierungsrath und Professor Wagner hat gleich im ersten Hefte seiner Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde in einem gehaltvollen scharfsinnigen Aufsatze die Frage beantwortet: welchen Erbsinteressenten die Verlaßabhandlungsbehörde anzuweisen habe, gegen die übrigen zur Geltendmachung seines Erbrechtes als Kläger aufzutreten, wenn von ihnen widersprechende Erbserklärungen eingebracht werden, und sonach zwischen ihnen das Erbrecht streitig ist.

Die Tendenz des gegenwärtigen Aufsatzes ist keineswegs dahin gerichtet, die in oben erwähnter Abhandlung aufgestellten Ansichten zu widerlegen, sondern sie verfolgt, wie auch schon in der Überschrift angedeutet ist, einen von der Abhandlung Wagners ganz verschiedenen Zweck.

Diese sucht nähmlich eine reine Rechtsfrage zu beantworten, nähmlich diese: wem in dergleichen Erbrechtsstreitigkeiten das Recht zukomme, in der Stellung eines Geklagten aufzutreten; nicht immer ist es aber für die streitenden Partheyen gut und ihren Inte-

ressen förderlich, auf Zuerkennung des strengen Rechtes zu verharren und in manchen Fällen kommen sie sicherer und schneller zum Ziele, wenn sie sich in Nebenpuncten nachgiebiger gegen ihren Gegner benehmen, als sie dieses nach strengem Rechte zu thun nöthig haben, und es ist öfters sehr unklug, auf strenger Zuerkennung des Rechtes zu verharren.

Ein auffallendes Beyspiel hievon gibt das Ansuchen um Fristerweiterung. Durch eine unbehuthsame und unüberlegte Verweigerung derselben, wodurch doch nichts anderes als die schnellere Beendigung eines Rechtsstreites bewirkt werden soll, wird oft indirecte die Frist zur Erstattung der Satzschrift über das eigene Begehren des Gegners erweitert, öfters auch dadurch ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter Verhältnissen hervorgerufen, welche die Willfahrung desselben zur unmittelbaren Folge hat.

Das Ziel meiner gegenwärtigen Abhandlung ist daher nachzuweisen, daß ein Erbsansprecher, dem es um die baldige und sichere Überkommung der Erbschaft zu thun ist, sehr unklug handelt, wenn er sich über die Frage, wer als Kläger oder Beklagter in dem Erbrechtsstreite auftreten soll, in eine Verhandlung einläßt, und die richterliche Entscheidung hierüber hervorruft.

Ich versuche es, diese meine Behauptung für sämmtliche Collisionsfälle, die sich zwischen verschiedenen Erbsansprechern ereignen können, nachzuweisen. Bevor ich jedoch zu dieser Nachweisung schreite, glaube ich folgende Bemerkungen vorausschicken zu müssen.

Ein Streit über die Frage, wer als Kläger oder Geklagter in einem Erbrechtsstreite aufzutreten habe, ist nur in dem Falle gedenkbar, wenn kein Theil als Kläger auftreten will. Erklären beyde Theile, daß sie die Rolle des Klägers übernehmen wollen, was wohl bisher gar nie oder sehr selten geschehen seyn mag, so bedürfen sie, selbst in dem kaum zum Vorschein kommen werdenden Falle, daß beyde hartnäckig darauf beständen, als Kläger aufzutreten, keiner richterlichen Entscheidung, indem kein Theil mit seiner Klage, wenn er sie seiner Zeit angebracht hat, wo noch keine Klage seines Gegners vorliegt, damit zurückgewiesen werden konnte und es somit nur der eigenen Sorge jedes solchen Erbansprechers überlassen ist, sich mit Überreichung seiner Klage zu beeilen, damit er dem andern zuvorkomme, wobey er nicht einmahl nöthig hätte, die richter-

liche Einleitung zur Verhandlung über die Frage, wer als Kläger und wer als Geklagter aufzutreten habe, abzuwarten.

Außer allem Zweifel ist es auch, daß eine Beseitigung der Verhandlung und richterlichen Entscheidung in Ansehung der oben erwähnten Frage die Beendigung der Verlaß-Abhandlung und Einantwortung der Erbschaft schneller und mit geringerem Kostenaufwande herbeyführen müsse. Deßhalb wird auch nicht selten diese vorläufige Verhandlung und Entscheidung, welche durch Erstreckungsgesuche und Recurse in die Länge hinaus gezogen werden kann, von demjenigen, dessen Hoffnung in dem Erbrechtsstreite zu obsiegen, geringer ist, dazu mißbraucht, um seinen Gegner so lange als möglich mit der Einantwortung der Erbschaft hintan zu halten, seine Geduld zu ermüden und ihn dadurch zur Eingehung eines Vergleiches geneigter zu machen; wozu sich jenem bey dieser Gelegenheit auch noch ein anderes Mittel darbiethet. Wird nähmlich über die eingeleitete Verhandlung endlich rechtskräftig entschieden, daß dieser Erbansprecher, der selbst geringe Hoffnung in sich nährt, in dem Erbrechtsstreite zu reussiren, als Kläger aufzutreten habe, so läßt er die Entscheidung auf sich beruhen, und kommt mit keiner Klage zum Vorschein. In einem solchen Falle wird seinem Gegner nichts anderes erübrigen, als, ungeachtet er die Entscheidung für sich hat, daß er nicht gehalten sey, als Kläger aufzutreten, doch aus freyem Willen die Rolle des Klägers zu übernehmen, oder den Verjährungstermin abzuwarten, oder aber den Anderen zum Erweise seines gerühmten Erbrechtes aufzufordern. Entschließt er sich zu Ersterem, so muß er wohl selbst einsehen, daß der frühere Streit ein ganz nutzloser gewesen ist und daß es für ihn vortheilhafter gewesen wäre, wenn er, ohne sich in Ansehung der Frage, wer als Kläger auftreten müsse, in eine Verhandlung einzulassen, sich sogleich zur Einbringung der Klage herbeygelassen hätte, wählt er das Zweyte, so wird er genöthigt, bis zur Einantwortung der Erbschaft noch lange in Geduld zu stehen; greift er zu dem Dritten, so steht ihm ein neuer Proceß bevor, der wiederhohlte Kosten und Zögerung verursacht.

Diese Betrachtungen dürften gewiß hinreichen, die Behauptung zu rechtfertigen, daß einem Erbsansprecher, dem es ernstlich um die Überkommung der Erbschaft zu thun ist, nur dann angera-

then werden könnte, sich gegen die Zumuthung seines Gegners als Kläger aufzulehnen, wenn die Ausführung seines vermeintlichen Erbrechtes dadurch schwieriger gemacht werden sollte.

Es wird zwar im Allgemeinen als ausgemacht angenommen, daß derjenige, welcher die Rolle des Klägers übernimmt, gegen denjenigen, der als Geklagter auftritt, immer im Nachtheile sich befinde. Findet aber diese in der Regel ganz richtige Behauptung auch auf Erbrechtsstreitigkeiten eine Anwendung?

Ich glaube nur diese Frage verneinend beantworten zu müssen. Der Grund, warum in der Regel die Stellung eines Geklagten besser ist, als die eines Klägers, liegt nähmlich darin, weil der Kläger das Factum, auf das er sein Klagsbegehren stützt, zu erweisen verbunden ist, und sohin schon der bloße Widerspruch des Geklagten, ohne einer Beweisführung von seiner Seite, in vielen Fällen die Sachfälligkeit des Klägers zur Folge haben kann.

Bey Erbrechts-Streitigkeiten tritt aber ein ganz anderes Verhältniß ein.

Denn die Grundlage derselben bildet die von jedem Theile eingebrachte Erbserklärung. Nun hat aber jeder, der eine Erbserklärung überreicht, in selber schon den Titel seines Erbrechtes auszuweisen (§. 799 a. b. G. B.), er hat somit schon früher den Beweis seines Anspruches zu liefern, bevor noch von einer wirklichen Erbrechtsstreitigkeit eine Rede ist. Es kann somit keinem beschwerlich fallen, dasjenige, was er bereits bey Überreichung seiner Erbserklärung zu leisten verpflichtet war, nun als Kläger zu wiederhohlen. Man wird zwar vielleicht dagegen einwenden, daß der §. 799 a. b. G. B. keinen so strengen Beweis voraussetze, wie derselbe zur Begründung einer Klage erfordert wird. Diese Bemerkung mag als richtig zugestanden werden, ohne daß jedoch hieraus auch folgerungsweise zugestanden werden muß, daß die Lage des geklagten Erbsprätendenten vor der des Klagenden im Vortheil stehe. Denn auch jener wird genöthigt seyn, sein in der Erbserklärung mangelhaft ausgewiesenes Erbrecht in der Einrede gerichtsordnungsmäßig zu erweisen, indem sein Gegner in der Klage nicht ermangeln wird, die Mängel seines Ausweises darzustellen, um ihn dadurch zu nöthigen, in der Einrede dasselbe näher nachzuweisen.

Zur Darthuung meiner Behauptung, daß es in Beziehung

auf die Geltendmachung eines angesprochenen Rechtes gleichgültig sey, ob jemand als Kläger oder Geklagter auftrete, will ich nun die verschiedenen möglichen Collisionsfälle zwischen den Personen, die sich als Erben gemeldet haben, einzeln durchgehen.

I. Collision gesetzlicher mit letztwilligen Erben.

In einem solchen Collisionsfalle muß nun nach der Behauptung Wagner's, was auch, so viel mir bekannt, in der Praxis angenommen ist, der gesetzliche Erbe von dem Richter zur Klagestellung angewiesen werden. Es soll nun untersucht werden, ob dadurch der letztwillige Erbe wirklich in eine bessere Lage versetzt wird, als wenn er genöthigt würde, als Kläger aufzutreten, oder sich hierzu aus freyem Antriebe verstände.

Tritt der gesetzliche Erbe als Kläger gegen den letztwilligen Erben auf, so wird jener in der Klage a) aufzuweisen haben, daß er nach den im 13. Hauptstücke des a. b. G. B. enthaltenen Bestimmungen von dem Gesetze zur Erbschaft berufen sey und nebst diesem allenfalls noch b) die letztwillige Anordnung, auf welche sich sein Gegner in seiner Erbserklärung berufen hat, bestreiten. In ersterer Beziehung wird er durch legale Tauf-, Trauungs- und Todtenscheine nachzuweisen haben, daß er mit dem Erblasser in einem solchen Grade verwandt sey, wodurch in Ermanglung einer gültigen Erklärung des letzten Willens sein Recht auf die Erbschaft gesetzlich begründet ist, und in letzterer Beziehung wird er den Grund nachzuweisen haben, warum die in der von seinem Gegner bey der Erbserklärung producirten letztwilligen Anordnung enthaltene Erbseinsetzung als ungültig angesehen werden müsse.

Über eine solche Klage wird nun der geklagte letztwillige Erbe entweder darstellen, daß Kläger gar nicht vom Gesetze zur Erbschaft berufen, und daher gar nicht legitimirt sey, die für ihn, Geklagten, sprechende letztwillige Anordnung zu bekämpfen, was, in so weit die vom Kläger zu seinen Gunsten angeführten Beweise mangelhaft, oder mit äußeren Gebrechen versehen wären, durch bloßes Widersprechen der von dem Kläger angeführten Thatsachen erreicht werden kann, oder er wird nebstbey noch, oder ausschließend die Gültigkeit der in der letzten Anordnung enthaltenen Erbserklärung aufrecht zu erhalten suchen. Die Mittel hiezu richten sich

nach dem Grunde, aus welchem die Gültigkeit der Erbseinsetzung bestritten wird. Besteht dieser in dem Mangel der zur Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten, und zwar in dem Äußern der Urkunde selbst, so liegt der Beweis vor Augen und es kann weder von einer Beweisführung, noch Gegenbeweisführung eine Rede seyn, sondern es muß der Richter aus der Urkunde selbst entnehmen, in wiefern das gerügte Gebrechen gegründet sey oder nicht. Wird von dem Kläger die Echtheit der Unterschrift oder Handschrift in Abrede gestellt, so liegt dem Geklagten der Beweis der Echtheit ob. Betrifft der gerügte Mangel eine innere, nicht in die Augen fallende Förmlichkeit, z. B. die Verwerflichkeit eines Zeugen oder die gleichzeitige Gegenwart zweyer Zeugen, so liegt dem Kläger ob, diesen Mangel zu erweisen. Das Gleiche ist der Fall, wenn die persönliche Fähigkeit des Erblassers zu testiren, oder die des Erben, die Erbschaft anzunehmen, bestritten oder behauptet wird, daß die letzte Anordnung erzwungen worden sey oder der Erblasser sich dabey in einem wesentlichen Irrthume befunden habe. Handelt es sich lediglich um die Auslegung der etwa zweifelhaft lautenden Erbserklärung, so dient der Inhalt der Urkunde selbst und die gesetzlich vorgezeichnete Auslegungsregel dem Richter bey der Entscheidung zur Richtschnur, nur in so ferne von dem einen oder andern Theile factische Umstände zur Sprache gebracht würden, welche den Sinn der letzten Anordnung zu dessen Gunsten erläutern, müßten selbe ganz natürlich von demjenigen erwiesen werden, der sich darauf beruft.

Wechseln wir nun die Rollen, lassen wir den letztwilligen Erben als Kläger, den gesetzlichen als Geklagten auftreten, und stellen wir an uns die Frage, ob und wiefern sich dadurch die Lage des Ersteren nachtheiliger und die des Letzteren vortheilhafter gestalte?

Ersterer wird nun in seiner Klage das Testament, auf das er sein Erbrecht gegründet, folglich das nähmliche Instrument beyzubringen haben, mit dem er schon früher seine Erbserklärung zu instruiren hatte, und er wird, wenn er glaubt, daß das Erbrecht seines Gegners in dessen Erbserklärung nicht zureichend nachgewiesen und dieser sohin zur Bekämpfung des Testamentes gar nicht

legitimirt erscheine, durch Widersprechen der in der Erbserklärung aufgeführten Facten und Aufdeckung der Mängel in den Beweisen über dessen gesetzliche Berufung zur Erbschaft das Erbrecht desselben bestreiten. In ersterer Beziehung wird er nur lediglich abzuwarten haben, welche Einwendungen der Geklagte der producirten letztwilligen Anordnung entgegensetze. Bey Erstattung der Einrede befindet sich nur der gesetzliche Erbe ganz in der nähmlichen Lage und Stellung, in der er sich früher bey Anbringung der Klage befunden hat, er hat hier wie dort die Ungültigkeit oder allenfalls behauptete Unrichtigkeit des Erbsernennung nachzuweisen, was ihm dießfalls in der Klage zu erweisen obgelegen ist, liegt ihm auch hier ob, zu erweisen und jene Thatsachen, die in dem früheren Falle dem letztwilligen Erben zu erproben obgelegen waren, hat er auch im gegenwärtigen Falle darzuthun. In dieser ersten Beziehung ist daher der letztwillige Erbe bey diesem Rollenwechsel nicht schlimmer, und der Intestaterbe nicht besser daran, als er früher gewesen ist.

Ebenso verhält es sich in Ansehung des zweyten Punctes wegen Bekämpfung des Erbrechtes des gesetzlichen Erben und der Frage, ob dieser zur Bestreitung des Testamentes legitimirt sey.

Denn in dem vorhergesetzten Falle hatte der gesetzliche Erbe seine Klage mit dem Ausweise über seine Abstammung und seine Verwandtschaft mit dem Erblasser zu instruiren, und der letztwillige Erbe hatte von seiner Seite, im Falle er diesen Ausweis ungenügend befunden hatte, nebst dem Widersprechen der dießfalls in der Klage aufgeführten factischen Verhältnisse, die Mängel dieses Ausweises darzustellen. Das Nähmliche, was der letztwillige Erbe im ersten Falle in der Klage zu thun hatte, hat er schon in dem zweyten Falle in der Einrede zu thun. Der allfälligen Bemerkung, daß der gesetzliche Erbe den mangelhaften Ausweis in seiner Erbserklärung, in seiner Klage verbessern könne, glaube ich entgegnen zu müssen, daß er das Gleiche über die Klage des letztwilligen Erben in seiner Einrede thun könne.

Was bisher von der Klage und Einrede gesagt wurde, gilt auch von der Replik und Duplik, und wenn es dazu kommen sollte, von der Schlußschrift und Gegenschlußschrift. Es ist aber für das Recht der Partheyen gleichgültig, ob sie dasjenige, was sie anzu-

bringen und zu beweisen haben, in dieser oder jener Schrift anbringen und beweisen. Eine Enthebung von einer Beweisführung geschieht in keinem Falle; die Beweislast bleibt unverändert und doch ist es einzig diese, was in den meisten andern Rechtsstreitigkeiten die Lage des Geklagten vortheilhaft macht.

2. Collision testamentarischer und vertragsmäßiger Erben.

Hier muß gleichfalls jeder Theil schon bey der Erbserklärung seinen Titel zum Erbrechte, sohin der erstere die letztwillige Anordnung, der letztere den Erbvertrag ausgewiesen haben; und jeder Theil hat diesen Ausweis auch in dem Erbrechtsstreite zu liefern, er möge als Kläger oder Geklagter auftreten.

In Ansehung der Rechtsfrage, welcher aus beyden als Kläger aufzutreten verpflichtet sey, unterscheidet Wagner, ob der Vertragserbe nur dasjenige Quantum aus dem Erbvertrage anspreche, worauf dieser gültig abgeschlossen werden konnte, oder ob in dem Erbvertrage über mehr als nach dem Gesetze durch Erbverträge zu hinterlassen gültig versprochen werden darf, zu Gunsten des vertragsmäßigen Erben disponirt wäre, und dieser seine Ansprüche aus dem Erbvertrage auch auf diesen Mehrbetrag geltend machen wollte; im ersteren Falle habe der testamentarische, im letzteren Falle aber der Vertragserbe als Kläger aufzutreten.

Was würde aber im ersteren Falle der Vertragserbe verlieren, wenn er als Kläger auftreten würde? — Er wird in diesem Falle seine Klage lediglich mit dem Erbvertrage, den er ohnehin schon in der Erbserklärung beybringen mußte, zu instruiren haben, allenfalls mag er auch in derselben die letztwillige Anordnung, auf die sein Gegner das angesprochene Erbrecht stützet, wenn er selbe mangelhaft findet, bekämpfen und des letzteren Sache in der Einrede wird es nun seyn, die Ungültigkeit des vom Kläger producirten Erbvertrages und allenfalls die Gültigkeit der für ihn Geklagten sprechenden letztwilligen Anordnung nachzuweisen, worauf dann der Vertragserbe in der Replik die Einwendungen seines Gegners in Betreff der Gültigkeit des Erbvertrages und die Behauptungen, die er zur Aufrechthaltung der letztwilligen Anordnung sammt den

Beweisen derselben angebracht hat, zu widerlegen suchen wird. Man wird leicht einsehen, daß bey veränderter Stellung der beyden Erbsprätendenten der Vertragserbe das, was er dort in der Klage zu thun hatte, hier in der Einrede zu verrichten hat, und daß somit auch hier ein ganz ähnliches Verhältniß, wie im ersten Collisionsfalle eintrete. Sollte aber der Vertragserbe mehr in Anspruch nehmen, als worüber das Gesetz den Erblasser vertragsmäßig zu disponiren berechtigte, so befindet sich derselbe in einer gleich schlimmen Lage, er möge sein vermeintliches Recht in der Klage oder Einrede gegen seinen Gegner zu behaupten suchen.

3. Collisionsfälle gesetzlicher Erben unter einander.

Hier haben beyde Theile ihr Verwandtschaftsverhältniß zu dem Erblasser auszuweisen; es mag der eine oder der andere als Kläger auftreten und je nachdem der eine oder andere Theil dadurch seine nähere oder entferntere Verbindung ausgewiesen hat, wird die Entscheidung zu Gunsten des einen oder andern Theiles ausfallen. Behauptet der Gegner desjenigen, der nach Maßgabe der Bestimmungen des 13. Hauptstückes des bürgerlichen Gesetzbuches sein näheres Verwandtschafts-Verhältniß zu dem Erblasser ausgewiesen hat, daß dieser zu erben unfähig sey, so hat er seine Behauptung zu erweisen, er möge als Kläger oder Geklagter agiren. Es ist also auch in einem solchen Collisionsfalle nicht einzusehen, was der eine oder der andere Theil in der Hauptsache dadurch gewinnen soll, wenn sein Gegner durch den Richter verhalten wird, in dem Abhandlungsstreite als Kläger aufzutreten.

4. Collisionsfälle testamentarischer Erben unter einander.

Auch hier ist nicht abzusehen, wie aus der Stellung der um das Erbrecht sich kämpfenden Theile, den sie bey Führung des Rechtsstreites einnahmen, dem einen oder andern Theile ein Vortheil zugehen solle; sie mögen ihr Erbrecht aus verschiedenen oder aus dem nähmlichen Testamente ableiten. Leiten sie ihr Erbrecht

aus verschiedenen Testamenten ab, so muß jeder Theil das für ihn sprechende Testament produciren und es wird (die Rechtsgültigkeit beyder vorausgesetzt) dann darauf ankommen, welches aus diesen Testamenten als das spätere anzusehen ist. In der Regel wird hierüber das Datum der beyden Testamente entscheiden. Behauptet der eine oder andere Theil, daß das eine oder andere Testament früher oder später errichtet worden ist, als das Datum desselben ausweiset, so hat er seine Behauptung zu erweisen, ohne Unterschied, ob er als Kläger oder Geklagter in dem Processe auftritt. Sind beyde Testamente ohne Datum, oder ist eines davon datirt, das andere aber nicht, so ist in der Regel anzunehmen, daß beyde zu gleicher Zeit ausgefertigt seyen, und es wird sich der Richter bey der Entscheidung nach der Vorschrift des §. 715 a. b. G. B. zu benehmen haben. Behauptet nun ein Theil, daß das Testament, in welchem er zum Erben eingesetzt wurde, später als das andere errichtet worden sey, so hat er hierüber den Beweis zu liefern, ohne daß seine Stellung als Kläger oder Geklagter hierin eine Änderung hervorbrächte. Sollte das eine oder das andere Testament als ungültig angefochten werden, so liegt auch immer dem nähmlichen Theile, der diese Ungültigkeit behauptet, ob, dieselbe zu erweisen.

Leiten beyde Theile ihr Erbrecht aus einem und demselben Testamente her, so wird entweder nur der Sinn des Testamentes bestritten, oder behauptet, daß dasselbe in Beziehung auf den einen oder andern eingesetzten Erben Mängel habe, oder es wird angeführt, daß der eine oder der andere Erbe zu erben unfähig sey. Im ersten Falle wird jeder Theil das Testament nach seinem Sinne zu erläutern suchen, wobey es ihm ganz gleichgültig seyn muß, in welcher Schrift er seine Auslegung geltend zu machen sich bestrebt. In den beyden letztern Fällen wird immer derjenige, der den Mangel des Testamentes oder die Unfähigkeit des eingesetzten Erben die Erbschaft in Empfang zu nehmen, behauptet, dieses nachzuweisen haben, er möge als Kläger oder Geklagter auftreten.

Wenn man die berührte Abhandlung Wagner's durchgeht, so wird man gewahr werden, daß die Richter bey Entscheidung der Frage, wer als Kläger in dem Erbrechtsstreite aufzutreten habe, in manchen Fällen schon in solche Verhältnisse einzugehen habe, auf welchen die Entscheidung der Hauptsache selbst beruht, und sohin

in der Entscheidung dieser Nebenfrage, die Entscheidung in der Hauptsache selbst öfters indirect begriffen ist.

Dieses ist z. B. bey Collision zwischen gesetzlichen Erben unter einander der Fall, wenn die Auslegung oder die Anwendung des Gesetzes streitig ist, in welchem Falle derjenige Theil als Kläger aufzutreten angewiesen werden soll, der nach der Beurtheilung des Richters gegen das Gesetz streitet. Sohin enthält in diesem Falle die gerichtliche Entscheidung, daß der eine Theil in dem Erbrechtsstreite als Kläger aufzutreten habe, die richterliche Erklärung in sich, daß seinem Anspruche das Gesetz entgegenstehe; wie kann aber nun derselbe erwarten, daß ihm ungeachtet dessen doch in dem Erbrechtsstreite das Erbrecht zugesprochen werden könne? — Ein ähnlicher Fall tritt auch dann ein, wenn der Vertragserbe aus dem Erbvertrage die ganze Erbschaft in Anspruch nähme, denn hier müßte der Vertragserbe angewiesen werden, aus dem Grunde als Kläger aufzutreten, weil der §. 1253 a. b. G. B. nicht gestattet, über den ganzen Nachlaß durch Erbvertrag zu verfügen, sohin der Vertragserbe als solcher kein Recht hat, den ganzen Nachlaß anzusprechen.

Die einzige Einwendung, die nach meiner Überzeugung meiner Behauptung, daß es in einem Erbrechtsstreite für die Rechte der streitenden Theile gleichgültig sey, mit einigem scheinbaren Grunde entgegengesetzt werden könnte, ist die: daß derjenige, der vom Richter angewiesen wird, als Kläger aufzutreten, um so weniger verlangen könne, daß ihm nach §. 818 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft überlassen werde, und daß sohin derjenige, der sich freywillig dazu herbeyläßt, als Kläger aufzutreten, gleichfalls auf das Recht verzichte, zu fordern, daß ihm obiges Recht eingeräumt werde. Allein abgesehen davon, daß es überhaupt streitig sey, ob während eines solchen Erbrechtsstreites einem Theile ausschließend die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft übertragen werden könne, kann ja derjenige, der ein Recht hierzu zu haben vermeint, die Klageführung mit dem ausdrücklichen Vorbehalte aller seiner übrigen Rechte und besonders desjenigen, die Verwaltung der Verlassenschaft zu besorgen, auf sich nehmen und sohin über die Frage, ob sie ihm gebühre oder nicht, unabhängig

von der Frage, wer als Kläger aufzutreten habe, entschieden werden.

Ich kann meinen gegenwärtigen Aufsatz nicht schließen, ohne dabey den Wunsch zu äußern, daß entweder meine hier geäußerten Ansichten widerlegt, oder dieselben in der Praxis nicht unbeachtet gelassen werden.

In welcher

Satzschrift

kann der Haupteid aufgetragen werden?

Von

Herrn Dr. Joh. Bapt. Zugschwerdt.

Der Haupteid kann in jeder Satzschrift aufgetragen werden! so lautet die Antwort, die man auf die gestellte Frage in der Regel erhält. Ich glaube, daß diese Antwort in dem Gesetze keine Rechtfertigung finde, und begründe meine Ansicht, wie folget.

Es dürfte von Interesse seyn, den Rechtsfall, der mir zu diesem Aufsatze Veranlassung gab, kurz zu erwähnen.

J. G. K. überreichte gegen G. v. G. unterm 27. Jänner 1829 eine Klage und gründete sein Begehren auf eine von G v. G. ausgestellte Erklärung mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß der Geklagte außergerichtlich die Zahlung deßhalb verweigere, weil er zur Zeit der Ausstellung gedachter Erklärung noch minderjährig gewesen sey, diese etwaige Einwendung der Minderjährigkeit ihm, Kläger, aber nicht schaden könne, da G. v. G., welcher zu jener Zeit schon das Alter von 20 Jahren gewiß überschritten hatte, bey Unterfertigung der Erklärung sich für großjährig ausgegeben habe, also der §. 248 des a. b. G. B. in Anwendung trete. In der unterm 18. December 1829 überreichten Einrede, wird die Einwendung der Minderjährigkeit unter Allegirung des Taufscheines gemacht, und die Angabe, daß sich Geklagter bey Unterfertigung der Erklärung für großjährig ausgegeben habe, wi-

versprochen. Der Kläger J. G. K. starb vor Überreichung der Replik, welche unterm 24. August 1830 von dem Curator der Verlassenschaft erfolgte. In der Replik wird die in der Klage gemachte Behauptung wiederhohlt, jedoch ohne irgend eine Beweisanbiethung und in der unterm 5. Jänner 1832 überreichten Duplik wieder in Abrede gestellt. Die Duplik wurde, wegen in derselben angebrachten Neuerungen, um die Schlußschrift verbeschieden. Der Proceß ruhte nun bis im Monath December 1842, wo von den Erben des Klägers diese Schlußschrift erstattet wurde. Diese tragen nun dem Geklagten über den in der Klage beweislos angeführten factischen Umstand, daß er sich bey Unterfertigung der Erklärung für großjährig ausgegeben habe, mit Berufung auf die a. h. Entschließung vom 23. April 1842 den negativen, irreferiblen Haupteid auf, und es entsteht die Frage, ob diese Eidesauftragung von Wirksamkeit sey oder nicht?

Der §. 12 der allg. und westgal. G. O. stellt die durchgreifende Norm auf, daß die Beweismittel zugleich dort angeführt und beygeschlossen werden sollen, wo das zu erweisende Factum der Zeitfolge gemäß angeführt wurde. Soll diese Verordnung von Wirksamkeit seyn, so muß auch die natürliche Sanction derselben eintreten, und ein in einer späteren Satzschrift über ein in einer früheren Schrift erzähltes, von dem Gegentheil aber gemäß §. 11 der G. O. widersprochenes Factum, angebothener Beweis bey Erledigung des Processes unberücksichtiget bleiben.

In Beziehung auf den Beweis durch den Haupteid stellet die Resolution vom 31. October 1785 Nr. 489 der J. G. S. lit. L ll. von der Regel des §. 12 der G. O. eine Ausnahme auf, indem sie verordnet: „Die Anbiethung des Haupteides müsse zwar in der Regel von dem Kläger in der Klage, von dem Beklagten in der Einrede geschehen, doch sey sie auch dem Kläger in der Replik gestattet," und nach der dem Index der J. G. S. vom Jahre 1792 angeschlossenen Verbesserung, sollen nach den Worten: „doch sey sie auch dem Kläger in der Replik," die Worte: „dem Beklagten in der Duplik," gesetzt werden.

Nach dieser Resolution wird also die Regel, daß die Beweismittel von dem Kläger in der Klage und von dem Beklagten in der Einrede, also dort, wo beyde verpflichtet sind, die Thatum-

stände selbst der Zeitordnung nach anzuführen, auch angeschlossen werden sollen, ausdrücklich bestätiget, und in Beziehung auf den Beweis durch den Haupteid von dieser Regel eine Ausnahme festgesetzt. Die Ausnahme aber lautet nicht allgemein dahin, daß der Haupteid in jeder Satzschrift aufgetragen werden könne, sondern es werden die Satzschriften nahmentlich aufgeführt, in welchen eine Eidesauftragung gestattet seyn soll, nähmlich in der Replik dem Kläger und in der Duplik dem Geklagten. Ausnahmen sind aber bekanntlich strenge zu interpretiren, und es kann diese mit ausdrücklichen Worten auf die Replik und Duplik beschränkte Ausnahme nicht auch auf die Schußschrift und Gegenschlußschrift, also auf jede Satzschrift ausgedehnt werden.

Die Beschränkung der Ausnahme auf diese beyden Satzschriften entspricht auch ganz dem Wesen unseres Proceßverfahrens und müßte auch aus diesem gefolgert werden, wenn es nicht schon so bestimmt im Gesetze ausgesprochen wäre.

Im §. 2 der G. O. wird die Regel aufgestellt, daß jedem Theile insgemein und außer den in dieser Gerichtsordnung ausdrücklich ausgenommenen Fällen zwey Reden und nicht mehr zu gestatten sind, nähmlich dem Kläger die Klage und Replik, dem Beklagten aber die Einrede und Duplik. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß das Gesetz für das ordentliche Verfahren nur diese vier Reden und keine mehr gestattet, also nach Erstattung derselben das Verfahren für geschlossen ansieht.

Von dieser allgemeinen Regel des §. 2 wird in dem §. 55 der allg. und §. 46 der galiz. G. O. eine Ausnahme festgestellet, und es werden den Partheyen noch zwey Schriften: nähmlich dem Kläger die Schlußschrift und dem Beklagten die Gegenschlußschrift gestattet. Ausnahmen sind immer strenge zu interpretiren, und dürfen nicht weiter ausgedehnt werden, als die Gesetzesstelle, in der sie normirt sind, ihrem Inhalte und Geiste nach erlaubet. Die die in Frage stehende Ausnahme normirende Gesetzesstelle gestattet aber ihrem wortdeutlichen Inhalte nach dieselbe ausdrücklich nur dann, wenn in der Duplik mit Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse neue Umstände oder neue Beweismittel angebracht worden sind. Ganz entsprechend dem angegebenen Grunde der Ausnahme wird in den §§. 56 und 57 der allg. dann §§. 47 und 48

der galiz. G. O. auch ihr Umfang gesetzlich festgestellet. Es wird nähmlich verordnet, daß in der Schlußschrift und Gegenschlußschrift lediglich über jenes gehandelt werden solle, was in der Duplik vorgekommen ist; und daß alle Wiederhohlungen dessen, was in den andern Schriften bereits angebracht worden ist, vermieden werden sollen. In der Schlußschrift können zwar von dem Kläger neue Umstände und Beweismittel, jedoch einzig und allein solche angebracht werden, welche unmittelbar zur Entkräftung der in der Duplik beygebrachten Neuerungen gehörig sind. Hingegen ist in der Gegenschlußschrift unter keinerley Vorwand die Anbringung neuer Umstände und Beweise zu gestatten.

Es ist also ausdrücklich bestimmt worden, was in der Schlußschrift und Gegenschlußschrift verhandelt werden dürfe, und es ist diese Verhandlung wortdeutlich nur auf die in der Duplik angebrachten Neuerungen ausdrücklich beschränkt. Es können zwar in der Schlußschrift neue Beweismittel angebracht werden, aber nur solche, welche auf den alleinigen Gegenstand der Schlußschrift, nähmlich auf die in der Duplik vorgebrachten Neuerungen sich beziehen; unstreitig kann in der Schlußschrift auch ein Haupteid aufgetragen werden, aber offenbar nur dann, wenn es geschieht, um eine in der Duplik gelegte Neuerung zu widerlegen und zu entkräften, weil die Beybringung neuer Beweismittel in dieser Satzschrift im Allgemeinen nur unter dieser ausdrücklichen Bedingung gestattet ist. Die Anbiethung eines Beweises in der Schlußschrift über ein solches Factum, welches schon in der Klage oder Replik angeführt worden ist, ist um so gewisser unzulässig, als eine solche nachträgliche Beweisführung nicht nur nicht in dem ausdrücklich normirten Umfange der gesetzlichen Ausnahme liegt, sondern hierdurch dem ebenfalls ausdrücklich ausgesprochenen Verbothe, daß nichts wiederhohlt werden solle, was in den früheren Satzschriften bereits verhandelt worden ist, offenbar widerspricht. Die Auftragung des Haupteides macht hiervon keine Ausnahme, denn es besteht kein Gesetz, welches die Eidesauftragung in der Schlußschrift im Allgemeinen gestattet, sie kann also ganz gewiß nur dann Platz greifen, wenn in dieser Satzschrift auf eine gesetzlich zulässige Weise ein neuer Umstand an-

geführt und zum Beweise der Richtigkeit desselben gemäß §. 12 der G. O. sogleich dem Gegentheil der Haupteid aufgetragen wird. Man bemerkt zwar dagegen, daß der Kläger in der Replik ein Factum anführen könne und in der Erwartung dessen, daß der Geklagte nach seinem Wissen und Gewissen es nicht in Abrede stellen werde, die Auftragung des Eides unterlasse. Allein dieß wäre höchst unklug, denn auf das ausdrückliche oder stillschweigende Eingeständniß des Gegentheiles kann man sich nie verlassen. Widerspricht also der Gegner diese Angabe in der Duplik, so ist sie bey Erledigung des Processes für wahr nicht zu halten. Der Kläger kann sich auch nicht damit rechtfertigen, daß er vorausgesetzt habe, es werde zu einer Schlußschrift kommen, denn diese ist nur gestattet, wenn in der Duplik Neuerungen angebracht werden, und dieß hängt lediglich von der Willkühr des Geklagten ab. Für den Kläger ist also das ordentliche Verfahren mit der Replik geschlossen, und wenn es ja zu einer Schlußschrift kommt; so hat selbe ihren bestimmten Zweck, und ihre unüberschreitbare Gränze, innerhalb welcher die fragliche Eidesauftragung nicht mehr liegt.

In der Gegenschlußschrift, sagt das Gesetz, ist unter keinerley Vorwande die Anbringung neuer Umstände und Beweise zu gestatten. Nach diesem kategorischen Ausspruche kann also in der Gegenschlußschrift gar kein Beweis mehr angebothen werden. Wenn daher der Geklagte in der Duplik Neuerungen anbringt, so muß er nach Vorschrift des §. 12 eben da auch zugleich seine Beweise hierüber anbringen, weil er einen solchen Beweis selbst nicht, wenn er nur in einer Eidesauftragung bestünde, in welcher Beziehung eine Ausnahme von der allgemeinen Norm nicht nachgewiesen werden kann, in der Gegenschlußschrift nicht mehr nachtragen könnte.

Nach dieser Erörterung dürfte der Ausspruch gerechtfertiget erscheinen, daß der Beweis durch den Haupteid, wie jeder andere Beweis, in der Regel dort angebothen werden müsse, wo das durch denselben zu erweisende Factum selbst auf eine gesetzlich zulässige Weise angeführt wird, daß aber ausnahmsweise die Eidesauftragung von dem Kläger über ein in der Klage angeführtes Factum in der Replik und von dem Beklagten über ein in der

Einrede vorgebrachtes Factum in der Duplik wirksam geschehen könne.

Schlüßlich erlaube ich mir noch die Frage, ob diese Behauptung nicht durch die a. h. Entschließung vom 23. April 1842 eine Modification erleide? Ich glaube gewiß nicht, denn dieses Gesetz gestattet nun, daß auch in den Ländern, in welchen die allgemeine Gerichtsordnung vom 1. May 1781 Gesetzeskraft hat, der Richter, nach Beschaffenheit der Umstände, auch einen irreferiblen Haupteid auftragen könne. In Betreff der Frage: ob eine Eidesauftragung überhaupt gesetzlich zuläßig sey, wo und wie selbe zu geschehen habe, wird von den bestehenden Gesetzen keine Änderung getroffen.

Ist ein Schuldbekenntniß

im letzten Willen als ein solches, oder als ein Vermächtniß der Schuld anzusehen?

Von

Herrn Ignaz Freudenreich,

Oberbeamten der deutschen Ritter-Ordens-Commende am Lech zu Gratz.

Wenn ein Erblasser in seiner letztwilligen Anordnung sagt: „Ich vermache dem A die Summe von 1000 fl., die ich demselben als Darlehen schulde;" so ist es klar, daß diese Verfügung ein Vermächtniß der Schuld sey. Wenn derselbe aber hierin sagt: „Ich bekenne dem A als Darlehen 1000 fl. schuldig zu seyn;" da scheint es zweifelhaft zu seyn, ob diese Erklärung als ein Vermächtniß der Schuld, oder als ein Schuldbekenntniß anzusehen sey.

Diese Distinction erscheint besonders damahls von practischer Wichtigkeit, wenn bey einer Nachlassenschaft Pflichttheilsberechtigte interveniren, da wie bekannt, Schulden und Lasten, welche schon bey Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haften, von der Masse abgerechnet werden, während auf Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten bey Berechnung des Pflichttheils keine Rücksicht genommen wird. §§. 785 und 786 des a. b. G. B.

Die Anhänger der Meinung, daß die erwähnte Erklärung ein Schuldbekenntniß sey, lassen sich wieder in zwey Partheyen theilen, von denen die eine demselben die Kraft und Wirkung eines Schuldscheines beyzumessen versucht, die andere aber dasselbe als ein Geständniß der Schuld auslegen zu müssen glaubt, welches, wenn der

letzte Wille vor Gericht errichtet wurde, als ein gerichtliches, außerdem aber als ein außergerichtliches zu gelten habe.

Ich halte dafür, daß eine solche Erklärung im [letzten] Willen weder als ein Vermächtniß der Schuld, noch als ein Schuldbekenntniß anzusehen sey, und will versuchen, diese meine Meinung auf die nachstehende Art zu begründen.

Die Ausdrücke: ich bekenne, und ich vermache, können zu einem Begriffe nicht verbunden werden, sie bilden vielmehr einen conträren Gegensatz, und sind mithin nichts weniger, als synonym.

Selbst nach §. 6 des a. b. G. B. darf einem Gesetze in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Nun aber ist im §§. 665 des a. b. G. B. nirgends die Rede davon, und es läßt sich auch aus dem Zusammenhange der Worte daselbst nicht die Folge abziehen, daß schon ein bloßes Bekenntniß der Schuld als ein Vermächtniß zu betrachten sey; vielmehr deutet der Eingang dieses Gesetzparagraphes ganz bestimmt auf ein Vermachen, und nicht auf ein bloßes Bekennen der Schuld hin, wenn ein Vermächtniß der Schuld vorhanden seyn soll. Es hieße sich demnach gegen die Regel der Logik und gegen die im §. 6 des a. b. G. B. für die Auslegung des Gesetzes enthaltene Vorschrift verstoßen, wenn man in der Erklärung im letzten Willen: „ich bekenne dem A 1000 fl. als ein Darleben schuldig zu seyn“ ein Vermächtniß der Schuld erblicken wollte.

Man dürfte mich vielleicht fragen, ob es denn schon eine ausgemachte Sache sey, daß ein Legat nur unter einem gewissen Ausdrucke, und zwar unter dem einzigen Gebrauche des Zeitwortes, vermachen, ausgesprochen und bestimmt werden könne, und ob die Erfahrung nicht lehre, daß wenn in einem letzten Willen z. B. die Verfügung des Erblassers vorkommt: „A solle nach meinem Tode 100 fl. und B meine silberne Uhr haben“ auch hierdurch Legate bestellt worden seyen, ungeachtet sich der Erblasser hierbey des Zeitwortes vermachen nicht ausdrücklich bedingt hat? — Hierauf erwiedere ich, daß ich gerne einräume, daß auch dießfalls eine Legats-Bestellung vorhanden sey; — allein man wird mir gleichfalls zugestehen müssen, daß gleichwie im obigen Satze der Sinn eines Ver-

mächtnisses liegt, eben so gut auch aus dem Satze: ich bin dem A 100 fl. als Darlehen schuldig" — ein Bekenntniß der Schuld hervorgehe, obgleich darin das Zeitwort „bekennen" nicht ausdrücklich erscheint. Die Gegner hätten also mit dieser Einstreuung für ihre Behauptung nichts gewonnen, und es bliebe somit nach wie vor wahr, daß ein Vermächtniß und ein Schuldbekenntniß keine identischen Begriffe sind.

Eben so wenig kann die besagte Erklärung im letzten Willen als ein Schuldschein gelten. Denn eine letzte Willenserklärung ist nach §. 553 des a. b. G. B. entweder ein Testament oder ein Codicill; sie geht also immer nur den eingesetzten Erben und die bedachten Legatare an. Eine solche Erklärung ist ihrer Natur nach widerruflich, und alle Forderungen, welche Jemand aus einer letzten Willenserklärung ableitet, entspringen somit aus dem Titel einer Erbseinsetzung oder eines Vermächtnisses.

Man könnte hier zwar einwenden, jeder Urkunde, wenn sie die in der G. O. vorgeschriebene äußere Form an sich trägt, sey wider den Aussteller Glauben beyzumessen, und es sey nicht unzuläßig ein Schuldbekenntniß in eine letztwillige Anordnung einzuschalten, gleichwie einem Kaufvertrage nebst den Bestimmungen des Kaufgeschäftes auch die Bestätigung über den Empfang des Kaufgeldes, d. i. eine Quittung oder ein Darlehensvertrag über das rückständige Kaufgeld u. s. w. eingeschaltet werden kann.

Allein zwischen einem letzten Willen, dem Darlehens- und Kaufvertrage obwaltet ein großer Unterschied. Ersterer ist eine einseitige Erklärung, mithin, wie gesagt, widerruflich, weil durch denselben das Recht der Annahme auf die bedachte Person nicht übertragen wird. Der Testator behält denselben bis zu seinem letzten Athemzuge in seiner Macht, er hat aus seinem Willen keine Forderung zu fürchten und kann Tausende verschreiben, und dieselben an Personen schuldig zu seyn erklären, die nichts zu fordern haben, ohne sich einer Gefährde auszustellen. Ganz anders verhält es sich aber mit einem Schuldscheine. Diesem liegt ein Vertrag zum Grunde, wo der Gläubiger auf die Einfüllung der darin zu seinen Gunsten enthaltenen Verbindlichkeiten dringen kann.

Was die Quittung über das berichtigte Kaufgeld im Kaufvertrage und das darin enthaltene Bekenntniß über das noch aus-

ständige Kaufgeld anbelangt, so stehen diese Acte mit dem Kaufvertrage in einem so nahen und natürlichen Zusammenhange, daß deren Zulässigkeit hierin von selbst fließt. Nicht so verhält es sich mit einem Schuldbekenntnisse im letzten Willen. Da fließt Ersteres nicht aus der Natur des letzten Willens selbst, sondern dasselbe erscheint hier als heterogen, folglich als gar nicht dahin gehörig, weil, wie erwähnt wurde, der letzte Wille nur entweder ein Testament oder ein Codicill seyn kann und nur Bestimmungen über die Erbseinsetzung und andere Verfügungen, als: Vermächtnisse, Substitutionen, Bestellung eines Vormundes ꝛc. enthalten kann; ein Schuldbekenntniß aber unter dem Begriffe einer solchen Anordnung, oder Verfügung gar nicht subsumirt werden kann.

Endlich kann die besprochene Erklärung im letzten Willen auch nicht als ein Geständniß der Schuld angesehen werden. Als kein gerichtliches, weil ein solches nach §. 107 der G. O. nur dann vorhanden ist, wenn eine Parthey im Processe einen Umstand des vom Gegentheile angeführten Factums vor Gericht eingesteht. Auch nicht als ein außergerichtliches, weil selbes sonst nach §. 110 der G. O. auf Befragen Jemands geschehen seyn müßte, von dem der Erblasser wußte, daß ihm daran gelegen sey, die Wahrheit zu erfahren.

Derley im letzten Willen abgegebene Erklärungen einer vorgeblichen Schuld können meines Dafürhaltens dem Pflichttheilsberechtigten unmöglich schädlich seyn; denn sonst würden alle Gesetze zum Schutze des Pflichttheilsberechtigten nur zu einem Spielwerke des Erblassers dienen. Es gäbe keine Notherben mehr, und der Pflichttheil wäre dann nicht mehr ein Erbtheil, welchen der Erblasser seinen Notherben hinterlassen muß, sondern nur noch ein von dem Willen des Erblassers abhängiges Geschenk. Wären solche Schuldbekenntnisse im letzten Willen von rechtlicher Wirkung, so könnten Ältern ihr Kind dadurch ganz enterben, daß sie in ihrem letzten Willen erklären, eine ihr ganzes Vermögen verschlingende Summe einem Dritten schuldig zu seyn. Daß eine solche Lehre nicht richtig seyn könne, fällt in die Augen, verstößt aber auch gegen die klaren Gesetze.

Man wende mir nicht ein, daß eine solche Eludirung des Pflichttheils auch durch Fingirung von Schuldscheinen sich ereignen könne. Hierauf läßt sich entgegnen, daß ein Erblasser sich

wohl hüthen werde bey seinen Lebzeiten derley Schuldscheine auszutheilen, weil sie ihm selbst Gefahr drohen könnten; ausgenommen, es wäre die Zeit der Zahlung durch den Todesfall des Ausstellers bedingt, in welchem Falle jedoch die Verlassesinteressenten in der allerhöchsten Entschließung vom 23. April 1842, kundgemacht in Folge hoher Hofkanzley-Verordnung vom 16. May 1842, Z. 14802 einen mächtigen Schutz gegen Übervortheilungen finden, indem ihnen durch dieselbe die Mittel an die Hand gegeben sind, die nicht erfolgte Zuzählung des fingirten Darlehens zu constatiren. — Werden aber solche Schuldscheine in dem Nachlasse des Ausstellers vorgefunden, so gilt ohnedieß die rechtliche Vermuthung über das Nichtbestehen der darin ausgedrückten Schuld. §. 1428 des a. b. G. B.

Auch eine Ansicht

über das Verfahren bey Trennung der Judenehen nach §. 134 des a. b. G. B.[1])

Von

Herrn M. Damianitsch,
k. k. Hauptmann und Auditor.

Im 2. Bande des Juristen Seite 414 wurde die Behauptung des Herrn Professors Graßl [2]), wornach bey einverständlichen Trennungen von Judenehen die Gestattung der Übergabe des Scheidebriefes vor der im §. 134 vorgeschriebenen nochmahligen Erklä-

---

[1]) Dieser lautet: „Mit diesem Zeugnisse des Rabbiners oder Religionslehrers müssen beyde Ehegatten vor dem Landrechte des Bezirks, in welchem sie ihren ordentlichen Wohnsitz haben, erscheinen. Findet diese Behörde aus den Umständen, daß zu der Wiedervereinigung noch einige Hoffnung vorhanden ist, so soll sie die Ehescheidung oder Trennung nicht sogleich bewilligen, sondern die Ehegatten auf ein oder zwey Monathe zurückweisen. Nur wenn auch dieses fruchtlos oder gleich anfangs keine Hoffnung zur Wiedervereinigung wäre, soll das Landrecht gestatten, daß der Mann den Scheidebrief der Frau übergebe, und wenn sich beyde Theile nochmahls vor Gericht erklärt haben, daß sie den Scheidebrief mit freyer Einwilligung zu geben und zu nehmen entschlossen sind, soll der Scheidebrief für rechtsgültig gehalten und dadurch die Ehe aufgelöst werden."

[2]) S. dessen gehaltvolles Werk über das besondere Eherecht der Juden in Österreich. Wien, 1838 bey Braumüller. S. 232.

rung mittelst Urtheil zu geschehen habe, bekämpft und die Meinung aufgestellt, daß erst nach der nochmahligen Erklärung der Eheleute vor Gericht, daß sie den Scheidebrief freywillig geben und nehmen, durch Urtheil die Übergabe desselben gestattet werden soll, und daß die Zulassung der letztern mittelst Bescheid nicht stattfinden kann.

Ich kann mich mit keiner von diesen Ansichten vereinigen, sondern glaube, daß die Übergabe des Scheidebriefes mit Bescheid zu gestatten und nach nochmahliger Erklärung der freywilligen Übergabe und Übernahme desselben das Urtheil auf Auflösung der Ehe zu fällen sey. Hiezu bestimmt mich die Textirung des §. 134, aus welcher sich folgendes Verfahren als gesetzlich darstellt.

Sind die Eheleute im Falle der einverständlichen Trennung (§. 133) mit dem Trennungsgesuche zu dem competenten Gerichte gekommen; so hat dasselbe, nachdem bey der angeordneten Tagsatzung die Partheyen ihren einstimmigen Willen zur Trennung bekannt gegeben haben, zu sehen, ob aus den Umständen zur Wiedervereinigung noch Hoffnung sey, oder nicht. Im ersten Falle werden die Partheyen noch auf ein oder zwey Monathe zurückgewiesen, was mittelst Bescheid geschieht, ohne jedoch hierin dieselben anzuweisen, nach dieser Zeit ihr Ansuchen zu erneuern, weil es sich hier um eine einverständliche Trennung handelt, welche der Richter nicht von Amtswegen zu fördern, sondern vielmehr dahin zu wirken verpflichtet ist, daß die Ehe nicht getrennt werde, welcher Obliegenheit die Anweisung zur Überreichung des weitern Gesuches, als eine wenigstens indirecte Aufforderung den Proceß zu verfolgen, widerstreiten würde.

Bitten nun nach dieser Zeit beyde Theile abermahls um die Trennung der Ehe mit Berufung auf diesen Bescheid, oder ist schon bey der ersten gerichtlichen Verhandlung über ihr Gesuch nach den Umständen keine Hoffnung zur Wiedervereinigung, so soll das Gericht gestatten, daß der Mann der Frau den Scheidebrief übergebe, und damit die Partheyen von dieser gerichtlichen Verfügung in Kenntniß kommen, muß sie ihnen vom Richter intimirt werden, was mittelst Bescheid geschieht. In demselben wird bloß von der Übergabe des Scheidebriefes gespro-

chen, nicht von der Übernahme, die Übergabe wird bloß gestattet und keine Verpflichtung festgesetzt, daher auch von einer noch nicht vorhandenen Verpflichtung [1]) keine Rede seyn kann, auch wird hiedurch die Ehe noch nicht aufgelöset. Es ist ein bloßes Permissivrecht des Mannes, und es steht noch immer bei ihm, ob er den Scheidebrief auch übergeben wolle.

Es wäre daher auch hier gefehlt, wenn der Richter in diesem Bescheide einen Termin zur Übergabe festsetzen wollte. Dadurch, daß die Übergabe des Scheidebriefes gestattet ist, werden die Partheyen auf die Folgen ihres Vorhabens schon aufmerksamer, weil dieses der nächste Schritt zur Auflösung der Ehe selbst ist. Bleiben sie nun dennoch bey ihrem gefaßten Entschlusse, so haben sie abermahls ein Gesuch zu überreichen, und hierin um eine Tagsatzung zur Erklärung der freywilligen Übergabe und Übernahme des Scheidebriefes zu bitten.

Dieß liegt im Worte „nochmahls", denn könnten sie gleich bey jener Tagsatzung, in Folge welcher die Übergabe des Scheidebriefes gestattet wird, die mehrerwähnte Erklärung mit dieser Wirkung abgeben, daß hienach die Trennung der Ehe erfolge, so würde das Wort „nochmahls" im Gesetze nicht enthalten seyn. Hieraus folgt zugleich, daß diese Einwilligung auch schon bey der früheren Tagsatzung vor Gericht abgegeben worden seyn mußte, weil sonst von einer nochmahligen Erklärung keine Rede seyn könnte.

Nach dieser nochmahligen Erklärung soll, sagt das Gesetz, der Scheidebrief für rechtsgültig gehalten, und dadurch die Ehe aufgelöset werden, welche Auflösung durch Urtheil zu geschehen hat, wie die Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen überhaupt, insbesonders das Hofdecret vom 28. Juny 1806 Abs. 4. N. 771 J. G. S. bestimmt.

Aus den Worten: es soll der Scheidebrief für rechtsgültig gehalten, und dadurch die Ehe aufgelöset werden, könnte man schließen, daß der Scheidebrief schon zur Tagsatzung mitgebracht, und vor Schöpfung des Urtheils vorhanden seyn soll. Allein der Scheidebrief kann nicht früher gegeben werden, bis nicht die Ehe selbst als auf-

[1]) S. a. a. O. S. 417 u. 418.

gelöset gerichtlich erkannt ist, und würde der Scheidebrief schon vor dem Urtheile zu übergeben seyn, so könnte das gedachte Hofdecret Abs. 3 nicht vom Falle sprechen, wo der Mann den Scheidebrief nicht geben will und bestimmen, daß er hiezu verhalten werden könne. Daß auch die getrennte Gattin zur Übernahme gezwungen werden könne, versteht sich von selbst, weil auch in Bezug auf sie das Urtheil seine Wirkung haben muß, da es beyde angeht.

Nach dem zugestellten Urtheile haben dann die Partheyen, da der Scheidebrief vor Gericht zu übergeben ist, um eine Tagsatzung zur Übergabe und Übernahme derselben entweder einzeln oder einverständlich anzusuchen, wobey der christlich gewordene Theil durch einen jüdischen Bevollmächtigten erscheinen kann. Derjenige Theil, welcher bey der Tagsatzung nicht erscheint, oder zwar erscheint, aber den Scheidebrief zu geben oder zu nehmen sich weigert, wird hiezu durch Zwang verhalten. Wollte der Mann den Scheidebrief nicht ausstellen, so würde er nach §. 310 allg. und 410 westgal. G. O. durch Geld- oder Leibesstrafen gezwungen, bey der die Annahme verweigernden Frau würde nach der Analogie der Resol. vom 31. October 1785 lit. ccc Nr. 489 J. G. S. und §. 506 westg. G. O. der Scheidebrief an die Thür geheftet, welches gleiche Wirkung mit der Zustellung, bezüglich Übernahme, hat.

Meine hier aufgestellte Meinung weicht also von der des Herrn Prof. Graßl, welcher vor nochmahliger Einwilligung die Urtheilsfällung auf Gestattung der Übergabe des Scheidebriefes behauptet, und von der erwähnten Abhandlung ab, welche die Erlassung des Bescheides auf die Gestattung zur Übergabe nicht zuläßt, stimmt mit letzter darin überein, daß erst nach der nochmahligen mehrerwähnten Erklärung das Urtheil gefällt werden soll, unterscheidet sich aber von dieser hinsichtlich des Inhalts im Urtheile, indem nach dieser Abhandlung die Gestattung der Übergabe des Scheidebriefes, nach meiner Meinung die Auflösung der Ehe darin auszusprechen ist.

Im zweyten Absatze des §. 134 sind nähmlich offenbar zwey sehr wohl zu beachtende abgesonderte Momente enthalten: 1) die Umstände zeigen, daß zu einer Wiedervereinigung keine Hoffnung ist, 2) die Partheyen erklären nochmahls ihre freye Einwilligung

zur Übergabe und Übernahme des Scheidebriefes. Über beyde erfolgt eine richterliche Verfügung. Wäre dieß nicht in der Absicht des Gesetzes gewesen, und sollte das Urtheil auf die Gestattung zur Übergabe des Scheidebriefes lauten, so hätte es das Gestatten nicht in die erste Hälfte dieses zweyten Satzes, sondern in die zweyte Hälfte gestellt und gesagt: „Nur, wenn auch dieses fruchtlos, oder gleich anfangs keine Hoffnung zur Wiedervereinigung vorhanden ist, soll, wenn sich beyde Theile nochmahls vor Gericht erklärt haben, daß sie den Scheidebrief mit freyer Einwilligung zu geben und zu nehmen entschlossen sind, das Landrecht gestatten, daß der Mann den Scheidebrief der Frau übergebe."

Allein so lautet das Gesetzt nicht, sondern erklärt, daß die Ehe aufgelöset werden soll. Dieß liegt in der Natur der Sache, denn nicht die Übergabe und Übernahme des Scheidebriefes, sondern das Urtheil löset die Ehe auf, der Scheidebrief ist bloß als eine bey den Juden gepflogene Gewohnheit in unserem Gesetzbuche beybehalten und die Ehe ist, wenn das Urtheil erflossen und zugestellt ist, auch als aufgelöset anzusehen, wenn auch der Scheidebrief z. B. wegen dem Tode des Mannes, oder aus andern Ursachen nicht übergeben wurde.

Die vor der Übergabe oder Übernahme des Scheidebriefes eingegangene weitere Ehe ist also gültig, hingegen die Ehe, welche, obschon nach der Übergabe oder Übernahme des Scheidebriefes, aber vor dem die Auflösung erkennenden Urtheil geschlossen wurde, ist ungültig, wie aus den Abs. 3 und 4 obigen Hofdecrets hervorgeht.

Nach der geschehenen Übergabe und Übernahme des Scheidebriefes und vor dem erflossenen Auflösungsurtheile können sich die Eheleute durch ihren bloßen Willen zur Fortsetzung der Ehe vereinigen, nur hätten sie dieß dem Gerichte anzuzeigen, damit der Auflösungsspruch nicht ergehe; nach dem zugestellten Urtheile müßten sie aber, wenn sie sich vereinigen wollen, eine neue Ehe schließen, und daher auch die dabey vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachten. §. 118 des a. b. G. B.

Ist der Beweis,

daß der geschiedene Ehegatte seiner Gattin während des gesetzlichen Zeitraumes beygewohnt habe, zu Folge der allerhöchsten Entschließung vom 20. May 1835 auch noch nach dem Tode des Gatten zuläßig?

Von

Herrn Dr. Menzel.

In der Themis [1]), wo das vorstehende Hofdecret einer ausführlichen und gründlichen Erörterung unterzogen wird, heißt es im 3. Hefte 1841, Aufsatz **III**, pag. 27, Nr. 5 wörtlich:

---

[1]) Die Kinder, welche von einer von Tisch und Bett geschiedenen Ehegattin zehn Monathe nach gerichtlicher Scheidung geboren werden, sind nur dann für ehelich zu halten, wenn gegen den Ehemann der Mutter der im §. 163 a. b. G. B. geforderte Beweis geführt, oder wenn sonst bewiesen wird, daß in dem Zeitraume, in welchem nach §. 138 die Zeugung geschehen konnte, der Ehemann und die Mutter, obgleich ohne dem Gerichte die Anzeige zu erstatten, in die Gemeinschaft zurückgetreten waren.

Gegenwärtige Vorschrift ist auch auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene, oder nach der gerichtlichen Entscheidung zu unterziehende Fälle anzuwenden.

Die vor Kundmachung dieser Vorschrift bereits rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidungen bleiben in voller Kraft. (Allerhöchste Entschließung vom 20. May, Hofdecret vom 15. Juny 1835.)

Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, daß er der Mutter eines Kindes innerhalb des Zeit-

„Schließlich ist zu bemerken, daß der Beweis der Beywoh-„nung nach dem Wortlaute der allerhöchsten Entschließung gegen „den Ehemann der Mutter geführt werden muß, woraus „sich ergibt, daß dieser Beweis nach dem Tode des Ehegat-„ten nicht mehr zulässig ist, was auch der eigenthüm-„lichen Natur dieses Beweises vollkommen entspricht."

Hier ist also die Ansicht klar ausgesprochen, daß der in Rede stehende Beweis nur während der Lebenszeit des Mannes geführt, nach seinem Tode aber gegen seine Verlassenschaft nicht mehr geltend gemacht werden könne.

Dieser Behauptung stehen jedoch mehrere nicht ungewichtige Bedenken entgegen, deren nähere Auseinandersetzung hier um so mehr am geeigneten Platze seyn dürfte, als es sich bey Entscheidung der vorliegenden Frage um die wichtigsten Rechte der von einer geschiedenen Ehegattin gebornen Kinder handelt.

Diese Ansicht will zuvörderst aus dem Wortlaute der allerh. Entschließung „gegen den Ehemann der Mutter" begründet werden.

Was jedoch 1) diesen Wortlaut anbelangt, so ist es allerdings wahr, daß nach §. 6 des a. b. G. B. bey Interpretirung eines Gesetzes vorerst auf die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange zu sehen ist, und daß erst dann, wenn aus diesem Wortlaute der richtige Sinn einer Gesetzesstelle nicht mit Zuverlässigkeit erhoben werden kann, die weiteren Auslegungsregeln zu Hülfe genommen werden dürfen. — Allein nicht minder wahr ist es, daß diese Eigenthümlichkeit der Worte nicht immer aus den bloßen Worten, selbst in ihrem Zusammenhange mit der ganzen

raumes beygewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sieben recte sechs (Hofdecret vom 5. April 1822 Z. 1858 J. G. S.), nicht mehr als zehn Monathe verstrichen sind; oder wer dieses auch nur außer Gericht gesteht, von dem wird vermuthet, daß er das Kind erzeugt habe. (§. 163 G. B.) Für diejenigen Kinder, welche im siebenten Monathe nach geschlossener Ehe, oder im zehnten Monathe entweder nach dem Tode des Mannes, oder nach gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes von der Gattin geboren werden, streitet die Vermuthung der ehelichen Geburt. (§. 138 G. B.)

Gesetzesstelle — ja mit dem ganzen Gesetzcapitel — wovon die betreffende Stelle einen Theil bildet — aufgefaßt — entnommen werden könne; sondern daß, um diese Eigenthümlichkeit selbst in ein klares Licht zu setzen, auf den Sprachgebrauch des Gesetzgebers, und da dieser oft erst mit Rücksichtnahme auf das gesammte Gesetzessystem sichergestellt werden kann, eben auf den Geist dieses ganzen Gesetzsystemes Bedacht genommen werden müsse.

Nun ist es aber nach dem Sprachgebrauche unserer Gesetze (und Gerichtshöfe) außer Zweifel, daß wenn Jemanden ein Recht gegen eine Person zugesprochen wird, zunächst nur von dieser Person unmittelbar die Rede ist, während sodann nach den im Erbrechte oder überhaupt in jenen Capiteln, welche vom Übergange der Rechte und Verbindlichkeiten auf Andere handeln, ausgesprochenen Grundsätzen zu beurtheilen kömmt, inwiefern irgend ein Rechtsanspruch auch gegen die Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger der zunächst verpflichteten Person — geltend gemacht werden könne.

So ist es wohl zu Folge §. 548 G. B. [1]) ausgemacht, daß das Recht auf Schadenersatz dem Beschädigten auch gegen die Erben des Beschädigers zusteht, und doch ist im §. 1295 des G. B. nur von dem unmittelbaren Beschädiger die Rede. — Eben so spricht das Capitel XXXI. der a. G. O. (§. 301 :c.) nur von dem Beklagten resp. Sachfälligen, gegen welchen die Execution geführt werden könne; und dennoch unterliegt es keinem Zweifel, daß dieses Executionsrecht dem Obsieger auch gegen den

---

[1]) Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe. Die vom Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war, gehen nicht auf die Erben über. (§. 548 G. B.) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern. (§. 1295 G. B.) Zur Verpflegung (des unehlichen Kindes) ist vorzüglich der Vater verbunden. (§. 167 G. B.) Die Verbindlichkeit uneheliche Kinder zu verpflegen und zu versorgen, geht gleich einer andern Schuld auf die Erben über. (§. 171 G. B.) Der Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, heißt desselben Verlassenschaft oder Nachlaß. (§. 531 G. B.)

Erben des Sachfälligen ohne Umstand zustehe. — Nicht minder verpflichtet der §. 167 des G. B. zuvörderst den unehelichen Vater zur Verpflegung und Versorgung des Kindes, und nichts destoweniger geht auch diese Verbindlichkeit, wie dieß übrigens der §. 171 des G. B. ausdrücklich festsetzt, auf den Erben des unehelichen Vaters über.

In Berücksichtigung des Grundsatzes nun, daß (§. 548 in Verbindung mit §. 531 G. B.) in der Regel alle Verpflichtungen des Erblassers auf den Erben übergehen, und ein Recht so lange ausgeübt werden könne, bis es nicht durch Verjährung dieser auf anderem gesetzlichen Wege erloschen ist, dürfte sonach der Wortlaut der Eingangs erwähnten allerh. Entschließung zur Begründung der gegentheiligen Ansicht nicht genügen.

Der Hr. Verfasser sagt nun freylich weiters, daß die gegentheilige Ansicht in der Natur eines solchen Beweises liege.

Allein es erscheint 2) auch diese Behauptung bey näherer Erörterung nicht als stichhältig.

Soll nähmlich hiermit so viel gesagt seyn, daß der in Rede stehende Beweis, weil er in den meisten Fällen durch den Haupteid wird geführt werden müssen, nach dem Tode des Ehegatten, mit welchem dieses Beweismittel von selbst hinwegfällt — nicht mehr wird hergestellt werden können: so ist dieser Grund in so fern allerdings richtig, als, wenn nach dem Tode des Mannes keine anderen Beweismittel vorliegen, dieser Beweis nimmer wird geliefert werden können, und sohin mit dem Tode des Vaters das Recht des Kindes wenigstens de facto erlöschen wird. Allein dann liegt aber der Grund dieser Erlöschung nicht in der Natur dieses Beweises an sich, sondern in der Beschaffenheit des in dem speciellen Falle ausschließend vorhandenen und nicht anwendbaren Beweismittels, und der Beweis ist nicht deßhalb unherstellbar, weil der Vater gestorben, sondern weil kein Beweismittel vorhanden ist.

Da jedoch dieser Beweis möglicher Weise auch ganz oder zum Theil durch Zeugen, durch ein vom Vater abgelegtes Geständniß, oder allenfalls durch eine der Mutter oder sonst Jemanden eingehändigte Urkunde hergestellt werden kann: so wäre wenigstens für diese Fälle der obangeführte Grund unstatthaft.

Soll aber mit der obigen Behauptung so viel gesagt seyn, daß

mit dem Tode des Vaters die aus diesem Verhältnisse hervorgehenden höchst persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten ohnedem erlöschen: so wäre diese Ansicht nur dann richtig, wenn es sich hier lediglich um den Umstand der Vaterschaft — ohne Rücksicht auf die hieraus resultirenden nicht rein persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten — handeln würde.

Da aber hier vielmehr gerade die mit dem Tode des ehelichen Vaters nicht erlöschenden Rechte der Familie, der ehelichen Verwandtschaft, und insbesondere das hierauf gegründete gesetzliche Erbrecht, — welches letztere erst mit dem Tode des Vaters existent wird — in Frage stehen: so wäre auch in dieser Beziehung der aus der Natur dieses Beweises hergeleitete Grund keineswegs von Belange.

3) Würde sich das mehrgedachte Hofdecret im gegentheiligen Sinne genommen, auch als eine zu harte Bestimmung für das Kind — darstellen, und das Letztere würde in den meisten Fällen ohne sein mindestes Verschulden, ja oft auch ohne Verschulden der Mutter seiner wichtigsten Rechte beraubt werden.

Denn ist nicht der Fall möglich, daß der Vater kurze Zeit nach der Beywohnung durch einen schnellen Tod dahin gerafft wird, bevor die Mutter selber noch weiß, ob sie schwanger sey? — oder daß der Vater während der Schwangerschaft, bevor noch gewiß ist, ob die Frucht werde lebensfähig geboren werden, mit Tode abgeht? — Müßte nun die Mutter fürchten, daß nach dem Tode des Gatten eine Klage auf Anerkenntniß der Ehelichkeit ihres Kindes unmöglich sey, so blieb ihr nichts anders übrig, als unmittelbar nach der Beywohnung, bevor sie noch weiß, ob sie schwanger ist, für ihr möglicher Weise erzeugtes Kind klagbar aufzutreten, oder sie müßte wenigstens schon während der Schwangerschaft diese Klage überreichen.

Allein der Zuläßigkeit einer solchen Klage stehen wohl nicht unbedeutende Bedenken entgegen.

Denn abgesehen davon, daß unter den vorliegenden Umständen schon die Aufstellung eines gesetzlichen Vertreters und überhaupt eine Klage für ein Wesen, welches möglicher Weise auch nicht existirt, und für dessen Existenz nicht einmahl eine gegründete Vermuthung streitet — auf Schwierigkeiten stoßen müßte: so würde

selbst für den Fall, als die Mutter ihre Schwangerschaft schon nachzuweisen vermöchte, noch immer ein wichtiger Umstand obwalten.

Zu Folge §. 163 G. B. und des in Rede stehenden Hofdecretes nähmlich — muß der doppelte Umstand, daß das Kind bereits geboren ist, und die Beywohnung vom Tage der Geburt gerechnet, in den gesetzlichen Zeitraum falle — zur Begründung der Vermuthung der Vaterschaft gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden. Da nun aber im vorliegenden Falle von einer Geburt noch keine Rede seyn kann, so müßte die Mutter neben dem Beweise, daß ihr der geschiedene Gatte beygewohnt habe, höchstens den Beweis führen, daß ihre Leibesfrucht in dem gesetzlichen Zeitraum, von der erwiesenen Beywohnung an gerechnet, werde geboren werden, welcher Beweis abgesehen davon, daß dieser Umstand in den meisten Fällen schon an sich nicht wird mit Bestimmtheit vorausgesagt werden können, immer nur ein hypothetisches Recht begründen könnte, eben den Bestimmungen des §. 163 G. B. zuwider seyn würde.

Für den Fall sonach, als der Vater vor der Geburt des Kindes stürbe, würde die Zulässigkeit dieses Beweises zum offenbaren Nachtheile des Kindes — wohl gänzlich ausgeschlossen seyn.

Aber nehme man selbst an, der Vater würde die Geburt erleben und die Mutter auch ohne Verzug zur Klage schreiten, müßte man nicht consequenter Weise behaupten, daß, wenn der Vater vor Herstellung des bereits angebothenen Beweises mit Tod abginge, mit dieser Klage supersedirt werden müßte, weil nach den Worten des Gesetzes der Beweis nur „gegen den Ehemann,“ nicht aber gegen seine Rechtsnachfolger hergestellt werden könne.

Setzen wir letztens, der Ehegatte würde nicht bloß die Geburt des Kindes viele Jahre überleben, sondern auch fortwährend als Vater für das Kind sorgen, ja er würde der Mutter sogar eine Urkunde einhändigen und in derselben nicht bloß die Beywohnung innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes bestätigen, sondern auch das Kind ausdrücklich als das seinige anerkennen: so könnte nach der entgegengesetzten Ansicht selbst dieses Document dem Kinde nach dem Tode des Vaters nichts nützen, weil dasselbe „gegen den Vater unmittelbar“ wegen inzwischen erfolgten Todes nicht mehr geltend gemacht werden könnte, gegen seine Erben aber, weil gegen sie ein

derley Beweis überhaupt unzuläßig wäre, gar nicht geltend gemacht werden dürfte, und ein solches vom Vater ausdrücklich (vielleicht in einem feyerlichen Acte) als ehelich anerkanntes Kind müßte sich nichts destoweniger bloß wegen des Todes seines Vaters seiner Rechte beraubt sehen.

4) Zeigt die aufmerksame Betrachtung des §. 163 G. B., auf welchen eben das Hofdecret vom Jahre 1835 hinweist, und dessen Stylisirung dasselbe soweit als möglich sogar beybehalten hat, daß dieses Hofdecret nicht im gegentheiligen Sinne genommen werden könne.

Es unterliegt nähmlich gewiß keinem Zweifel, daß die vorliegende allerh. Entschließung bezüglich der 10 Monathe nach der Scheidung von Tisch und Bett — von einer geschiedenen Ehegattin gebornen Kinder hinsichtlich ihrer Ehelichkeit nichts anders verordnen wollte, als was der §. 163 hinsichtlich der Vaterschaft eines von einer unverehlichten Person gebornen Kindes vorschreibt.

Nun könnte man aus den Worten des §. 163 „Wer überwiesen wird," was mit den Worten „gegen wen der Beweis geführt wird" ganz gleichbedeutend ist ꝛc., von dem wird vermuthet, daß er das Kind erzeugt habe, allerdings auch glauben, daß der Beweis der unehlichen Vaterschaft nur unmittelbar gegen den unehelichen Vater, sohin auch nur bey dessen Lebenszeiten geführt werden könne; allein der darauf folgende Satz des §. 163 „oder wer dieses auch nur außergerichtlich gesteht" zeigt deutlich das Gegentheil.

Denn wenn auch das außergerichtliche Geständniß zur Begründung der Vermuthung der Vaterschaft hinreicht, wenn das Gesetz diesem außergerichtlichen Geständnisse dieselbe Kraft als der bereits geschehenen Überweisung beylegt, und wenn nirgends eine Verordnung besteht, zu Folge welcher von diesem Geständnisse schon bey Lebzeiten des Vaters gebraucht gemacht werden mußte: so ist es mit Rücksicht auf den Grundsatz, daß in der Regel alle Verpflichtungen des Erblassers auf den Erben übergehen, außer Zweifel, daß von diesem Geständnisse auch gegen den Erben Gebrauch gemacht werden könne, und dieser die Verpflegung und Versorgung des Kindes übernehmen muß, und dieß um so mehr, als der §. 171 G. B. diese Verbindlichkeit ausdrücklich ausspricht, ohne zu unter-

scheiden, ob diese Pflicht bereits früher durch rechtskräftiges Erkenntniß begründet war, oder ob selbe erst nach dem Tode des Vaters gegen den Erben gerichtlich constatirt werden will.

Ist nun aber im Falle, als der Vater ein außergerichtliches Geständniß über die Beywohnung abgelegt hat, die Beweisführung gegen die Erben desselben zulässig, so wäre in der That nicht abzusehen, warum diese Beweisführung beym Vorhandenseyn anderer Beweismittel als des Zeugen- oder Urkundenbeweises — ausgeschlossen, und ein Kind, dessen Vater die Beywohnung außergerichtlich eingestanden hat, besser daran seyn sollte, als dasjenige, bezüglich dessen dieser nähmliche Umstand auf anderweitigem Wege erprobt werden könnte. — So wie sich nun hieraus ergibt, daß der Gesetzgeber im §. 163 G. B. und dem Ausdrucke „wer überwiesen wird," nur überhaupt sagen wollte „wenn der gerichtsordnungsmäßige Beweis hergestellt wird," so ist auch hieraus ersichtlich, daß der in Rede stehende Beweis ohne Rücksicht auf die Gattung des Beweismittels bezüglich des unehelichen Vaters auch nach seinem Ableben eben so gut als bey seinen Lebzeiten zulässig sey, und daß dieß in Berücksichtigung des Umstandes, daß das Hofdecret vom Jahre 1835 hinsichtlich dieser Beweisführung mit dem §. 163 G. B. genauestens übereinstimmt, auch bezüglich der von einer geschiedenen Ehegattin gebornen Kinder der Fall seyn müsse.

Diese Ansicht wird

5) auch durch den §. 159 G. B. bestätiget. — Denn auch als unehelich vermuthete Kinder sind ja nach unsern Gesetzen nicht rechtslos, sondern es stehen ihnen vielmehr unter gleichen Verhältnissen — in so weit das Gesetz nicht eine ausdrückliche Ausnahme festsetzt — gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern, so wie mit allen übrigen Staatsbürgern zu. — Wenn sonach der obgedachte §. nach dem Tode des Ehegatten seinen Erben das Recht einräumt, die Ehelichkeit eines von der Gattin des Erblassers gebornen Kindes, falls selbe durch diese Ehelichkeit in ihren Rechten gekränkt werden könnten, ohne Anstand zu bestreiten [1]): so muß wohl auch umge-

[1]) Stirbt der Mann vor dem ihm zur Bestreitung der ehelichen Geburt verwilligten Zeitraume: so können auch die Erben, denen Abbruch an ihren Rechten geschähe, innerhalb 3 Monathen

kehrt dem unehelich vermutheten Kinde das Recht, seine Ehelichkeit nach dem Tode des Vaters geltend zu machen, gegen diese Erben zustehen, weil durchaus kein Grund vorhanden ist, das Kind den Erben gegenüber in dieser Beziehung als rechtslos zu erklären.

So wie nun aus dem bisher Gesagten hervorgehen dürfte, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „gegen den Ehemann der Mutter" nichts besonderes zum Nachtheile des Kindes verordnen wollte: so könnte es dennoch auffallend bleiben, warum sich das Gesetz gerade des obgedachten Ausdruckes im Gegensatze zu den Worten „oder wenn sonst erwiesen wird" bedient.

Allein auch dieser Gegensatz findet mit Rücksichtnahme auf den früheren Rechtszustand eines von einer geschiedenen Ehegattin gebornen Kindes in seiner Vergleichung mit dem gegenwärtigen Rechtsverhältnisse — seine Erklärung.

Vor dem Erscheinen des Hofdecretes vom Jahre 1835 wurde nähmlich ein von einer geschiedenen, jedoch länger als sechs Monathe (welchen Fall wir hier allein herausheben wollen) verehelicht gewesenen Gattin während der Lebenszeit ihres Mannes, ja auch innerhalb 10 Monathen nach seinem Tode — gebornes Kind als ehelich vermuthet, ohne Rücksicht auf den Umstand, wer dasselbe gezeugt habe, und nur der Beweis der Unmöglichkeit der vom Manne geschehen seyn sollenden Zeugung könnte diese Vermuthung entkräften. Es brauchte sonach die Mutter lediglich das Bestehen der Ehe bey der Geburt oder bis 10 Monathe vor der Geburt zu erweisen, ohne daß ihr auch nur im entferntesten der Beweis obgelegen wäre, daß ihr gerade ihr Mann während des gesetzlichen Zeitraumes beygewohnt habe, d. i. sie brauchte den Beweis der Vaterschaft gegen den Gatten nicht zu führen.

Das in Rede stehende Hofdecret hat nun aber dieses Verhältniß geändert.

---

nach dem Tode des Mannes aus dem angeführten Grunde die eheliche Geburt eines solchen Kindes bestreiten. (§. 159 G. B.)

Denn nur bezüglich eines Kindes, welches innerhalb 10 Monathen nach der Scheidung geboren wird, braucht nunmehr die Ehegattin nicht zu beweisen, daß ihr ihr Mann beygewohnt habe, und ein solches Kind wird ohne Rücksicht auf seinen natürlichen Vater als ehelich angesehen; während bezüglich jener Kinder, welche nach Verlauf von 10 Monathen von der Scheidung gerechnet — geboren werden, der Mutter nunmehr der Beweis gegen ihren Gatten d. i. daß gerade er ihr beygewohnt habe, obliegt.

Diese Beweisespflicht hört nun aber auf und der früher bestandene Rechtszustand tritt wieder ein, wenn sich die geschiedenen Gatten wenn auch außergerichtlich wieder vereinigt haben, und es genügt für die Mutter der Beweis der Wiedervereinigung und des Umstandes, daß ihr — von wem übrigens immer erzeugtes Kind — innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes vom Zeitpuncte dieser Wiedervereinigung angerechnet — geboren worden sey, d. i. sie braucht nun wieder den Beweis der Beywohnung gegen ihren Gatten nicht zu führen.

Hiernach dürfte der Sinn des Eingangs erwähnten Hofdecretes folgender seyn:

„Kinder, welche von einer von Tisch und Bett geschiedenen „Ehegattin zehn Monathe nach gerichtlicher Scheidung geboren wer„den, sind nur dann für ehelich zu halten, wenn erwiesen „wird, daß der Ehemann der geschiedenen Gattin während „des im §. 163 bestimmten Zeitraumes beygewohnt hat; oder wenn „sonst d. i. ohne Rücksicht auf den Erzeuger des Kindes erwiesen „wird, daß in dem Zeitraume, in welchem nach §. 138 G. B. die „Zeugung geschehen konnte, der Ehemann und die Mutter obgleich „außergerichtlich in die Gemeinschaft zurückgetreten waren."

Recension.

Systematische Darstellung des Wechselrechts, mit vorzüglicher Hinsicht auf die Wechselordnungen des österr. Kaiserstaats. Ein Versuch von **Dr.** Joseph Tausch, k. k. Mercantil-Wechselgerichts- und Seeconsulats-Präsidenten im Ruhestande. Wien bey Braumüller und Seidel, **1843. 8, VI** und **320** S.

Der Titel dieser Schrift zeigt, daß es schwer zu bestimmen ist, in welche Classe man sie reihen soll. Die Idee, welche dem Hrn. Verf. vorschwebte, scheint gewesen zu seyn, eine Art natürlichen Wechselrechtes abzufassen; allein, da das Wechselinstitut ein durchaus positives ist, so würde ein natürliches Wechselrecht nur sehr mager ausfallen, und deßhalb sah sich der Hr. Verf. genöthigt, im Grunde doch ein positives, und zwar vorzugsweise österreichisches, Wechselrecht zu schreiben.

Nach einer Einleitung: Über den Ursprung und die Ausbildung des Wechselinstituts, worin jedoch auch von den Quellen des österreichischen Wechselrechts gehandelt, und eine, ziemlich unvollständige, Literatur desselben angegeben wird, folgt die **I.** Abtheilung, welche in 15 Abschnitte zerfällt; die zweyte Abtheilung enthält den 16. und 17. Abschnitt.

Im **I.** Abschnitt: Von dem Wechselrechte, heißt es im §. 2, daß die Kraft der Wechselstrenge in der Einrichtung liege, daß rechtsgültige Wechselforderungen auf dem kürzesten Wege durch gerichtliche Hülfe ihrer vollständigen Tilgung zugeführt

werden. Allein dieß macht noch nicht ausschließend die Wechselstrenge, sondern wesentlich zur Wechselstrenge gehört auch die Eigenthümlichkeit des Giro, daß nähmlich der Wechselschuldner gegenüber dem Giratar von jenen Einwendungen keinen Gebrauch machen kann, die ihm gegen den Giranten zustehen.

Im II. Abschnitt: Von dem Wechselvertrag und dem Wechsel wird ersterer als derjenige Vertrag definirt, wodurch Jemand sich verpflichtet, dem Andern eine Summe Geldes, die er empfängt, oder die ihm versprochen ist, an einem andern Orte in der festgesetzten Zeit nach Wechselrecht zu bezahlen oder bezahlen zu lassen.

Gegen diese Definition erhebt sich schon vor Allem das Bedenken, daß sie die unförmlichen Wechsel ganz ausschließt, indem bey diesen die Zahlung der Wechselsumme nicht an einem andern, sondern an dem nähmlichen Orte geleistet wird. Ferner hätte bemerkt werden sollen, daß in jenem Falle, wo der Wechsel an eigene Ordre ausgestellt, also der Aussteller zugleich Remittent ist, er selbst also natürlich gar nichts empfangen hat und ihm auch nichts versprochen worden ist, wohl von einem Wechselvertrag keine Rede seyn könne; denn es ist schon in einem der nächstfolgenden §§. von solchen Wechseln die Rede, und es wäre daher die Bemerkung, daß bey solchen kein Wechselvertrag vorkomme, allerdings zur Vermeidung von Mißverständnissen zweckmäßig gewesen.

Die Eintheilung der Wechsel (§§. 20 — 26) wird vom Hrn. Verfasser sehr unvollständig und mit vielen Unrichtigkeiten vermischt abgehandelt. Der Hr. Verf. unterscheidet nähmlich zuoberst förmliche und eigene Wechsel. Allein, der Gegensatz der förmlichen Wechsel sind ja die unförmlichen, und der Gegensatz der eigenen die fremden. Ferner heißen nicht alle eigenen Wechsel trockene, sondern nur die unförmlich eigenen.

Die im §. 24 angeführten Eintheilungen der Wechsel beziehen sich theilweise nicht bloß auf förmliche, sondern auch auf unförmliche Wechsel; auch ist eine der wichtigsten Eintheilungen der Wechsel, nähmlich in solche, die auf Ordre, und in solche, die nicht auf Ordre lauten, ganz übergangen; was um so befremdender

ist, da sich der Hr. Verf. gleich im folgenden §. des Ausdruckes: Ordre bedient, ohne ihn früher erklärt zu haben.

Erst im §. 37 wird diese Erklärung gegeben, jedoch unrichtig. Denn es heißt: nur das Wort: Ordre gibt die Befugniß zur Übertragung des Wechsels; während es heißen sollte: zur Übertragung nach Wechselrecht; indem eine gemeine Übertragung oder Cession auch bey den, nicht auf Ordre lautenden, Wechseln zulässig ist.

Im §. 38 wird Valuta als die Summe definirt, welche der Empfänger eines Wechsels dem Aussteller, oder der Indossat (soll eigentlich heißen: Indossatar) dem Indossanten für den Wechsel bezahlt. Allein diese Definition ist unrichtig, weil es eine Menge Fälle gibt, wo die Valuta nicht in einer bezahlten Summe baren Geldes, sondern in Waaren, in einem Guthaben u. dgl. besteht.

Dem §. 40, welcher von der Deckung der Wechselbriefe handelt, ist als Anmerkung die Vorschrift angehängt, daß Wechselbriefe von Inländern im Inland weder in hebräischer oder jüdischer Sprache ausgestellt, noch mit hebräischen oder jüdischen Schriftzeichen geschrieben werden dürfen. Wie nun diese Anmerkung hierher paßt, ist wirklich nicht zu begreifen.

Der III. Abschnitt handelt von der Wechselfähigkeit. Hier heißt es (§. 63, b), daß nicht wechselfähig sind alle jene Personen, welche vermöge einer Bestimmung des Gesetzes der Strenge des Wechselrechtes, daher der Wechselexecution, nicht unterworfen sind, folglich gegen dieselben der Personalarrest nicht Statt hat; denn jede Wechselverbindlichkeit enthält auch die Unterwerfung unter die Wechselstrenge, das ist unter den Personalarrest. Der Hr. Verf. hat also ebenfalls die ganz unrichtige Ansicht, daß der Personalarrest das Wesen der Wechselstrenge bilde; während doch der Personalarrest ein Executionsschritt ist, der auch bey gemeinen, nicht wechselrechtlichen, Forderungen Platz greift, und auch bey Wechselforderungen nicht als erster und einziger Executionsschritt, sondern nur im Abgang anderer Executionsmittel.

Im §. 64 wird die Wechselunfähigkeit der Geistlichen be-

hauptet. Hier hätte nun vor Allem zwischen Ordensgeistlichen und Weltgeistlichen unterschieden werden sollen; indem erstere zweifellos wegen des Gelübdes der Armuth zu allen Geld-, also insbesondere auch zu Wechselgeschäften, unfähig sind. Die Weltgeistlichen hingegen sind, nach der allgemeinen richtigern Ansicht, für wechselfähig zu erklären *).

Sehr richtig und der Beherzigung werth sind die in den §§. 79 und 80 gemachten Bemerkungen über den Unfug, welcher mit der Ausstellung der Wechsel getrieben wird; indem bey der durch die Gesetze zugelassenen allgemeinen Fähigkeit bezüglich der Ausstellung förmlicher Wechsel, Leute, welche zur Ausstellung unförmlicher nicht fähig sind, durch Angabe eines fingirten Ausstellungsorts den Wechsel als einen förmlichen erscheinen machen; woher es kommt, daß eine so große Menge von Wechseln, deren Aussteller nicht Kaufleute sind, sich in Circulation befindet, und daß die Mercantil- und Wechselgerichte mit immerwährenden Processen, gerade rücksichtlich solcher Wechsel, belästigt sind; indem die Kaufleute, wegen Erhaltung ihres Credits, es nur selten auf die Einklagung der von ihnen ausgestellten oder acceptirten Wechsel ankommen lassen.

Der IV. Abschnitt ist der Erörterung der Lehre vom Indossament gewidmet. Sehr zweckmäßig wird im §. 116 der Begriff und das Wesen des Discontirens, welches im Grunde auch nichts anderes, als ein Indossament ist, auseinandergesetzt; auf welche Auseinandersetzung bisher in den Büchern über das Wechselrecht nicht gedacht wurde.

In Ansehung des Giro in Bianco (§. 117) verwirft der Hr. Verf. die Ansicht Wagners von der Ungültigkeit desselben, und ist der Meinung, daß derselbe durch die nachträgliche Ausfüllung des Indossaments gültig werde. Indessen widerlegt er die Gründe Wagners nicht, und aus dem, was er hierüber sagt, geht nur

*) S. mein Handbuch des österreichischen Wechselrechts S. 24 und 25, wo die gegen die Wechselfähigkeit der Weltgeistlichen erhobenen Einwendungen widerlegt sind.

hervor, daß die Leichtigkeit des Handels- und Wechselverkehrs die Zuläßigkeit eines Giro in Bianco fordert; weßhalb er auch bey uns immer vorkommt.

In den §§. 124 — 127 werden die Wirkungen der (echten) Indossamente bey falschen und verfälschten Wechseln und die Wirkungen falscher oder verfälschter Indossamente (bey echten Wechseln) erörtert; welche Erörterung jedoch bey Weitem jener Vollständigkeit und Klarheit ermangelt, wodurch sich dieselbe in Wagner's krit. Handbuch des Wechselrechts (II. Bd. §. 322) auszeichnet. Dasselbe gilt von der, in den §§. 128 und 129 enthaltenen, Erörterung des Falles, wo ein Indossant wechselunfähig ist; ein Fall, dessen Wichtigkeit sich besonders in der Lehre vom Regreßrechte zeigt.

Der fünfte Abschnitt handelt von der Präsentation zur Acceptation. Es wird hier auch beständig vom Protest und vom Regresse geredet, obwohl erst in spätern Abschnitten, nähmlich im neunten und zehnten, der Begriff, das Wesen und die Erfordernisse beyder erörtert werden; so daß Alles im fünften Abschnitt hierüber Vorkommende noch unverständlich ist.

Der sechste Abschnitt ist der Lehre von der Acceptation gewidmet. Hier heißt es im §. 173, daß, wenn der Trassat selbst den Wechsel honorirt, er dadurch zum Nothadressaten werde. Allein dieß ist nicht richtig, denn der Nothadressat acceptirt ja in Folge eines von dem Trassanten erhaltenen Auftrags, welcher Auftrag freylich nur ein subsidiarischer ist; nähmlich für den Fall, als der Trassat nicht acceptirte. Der Honorant aber acceptirt gerade nicht in Folge des erhaltenen Auftrags, indem es das Wesentliche der Ehrenacceptation ist, daß sie ohne alle Rücksicht auf einen erhaltenen Auftrag geschehe.

Deßhalb ist auch die im §. 182 vorkommende Behauptung, daß die Acceptation des Nothadressaten zur Ehre des Wechselverpflichteten geschehe, ganz unrichtig.

In den §§. 192 — 195 wird die Frage erörtert, ob es denkbar sey, daß der Trassant Wechselrechte gegen den Acceptanten habe. Manche Wechselrechtslehrer sind nähmlich der Ansicht, daß auch Fälle gedenkbar sind, wo der Trassant gegen

den Acceptanten Wechselrechte hat; nähmlich, wenn er den Wechsel auf eigene Ordre ausgestellt hat, und daher zugleich Remittent ist, oder, wenn er den Wechsel in der Folge wieder einhandelt, und an sich giriren läßt, weil er dann als Giratar erscheint. Der Hr. Verf. verwirft diese Meinung; allein ohne Grund; denn es ist nicht abzusehen, warum nicht eine und dieselbe Person im Wechselgeschäfte in verschiedener Eigenschaft erscheinen, und warum insbesondere bey einem auf eigene Ordre ausgestellten Wechsel von einem Wechselrecht erst dann die Rede seyn soll, wenn derselbe girirt worden ist.

Im **VII.** Abschnitt: Von der Verfallzeit, wird zuerst (§. 199) der Begriff von Verfall- und Zahlungstag angegeben; jedoch unrichtig. Denn Verfallstag ist nicht der Tag, an welchem ein Wechsel gezahlt werden muß, sondern der Tag, an welchem die Zahlung des Wechsels geschehen kann, ohne daß man sich durch dieselbe einem Präjudiz aussetzt. Der Tag, an welchem der Wechsel gezahlt werden muß, ist vielmehr der Zahlungstag, und nur auf diese Art ist der Unterschied zwischen beiden erklärbar.

Der **VIII.** Abschnitt handelt von der Zahlung. Der Hr. Verf. erwähnt da im §. 224 auch einer Zahlung zur Ehre; diese ist jedoch gewöhnlich nur eine Folge der bereits vorausgegangenen Acceptation zur Ehre.

Im **IX.** Abschnitt wird die Lehre vom Protest erörtert. Es fehlt hier eine genaue Unterscheidung der Protesterhebung und der Versendung des erhobenen Protestes; ferner die genaue Angabe, was mit dem Proteste zu versenden sey; auch ist der Begriff, Zweck, dann die Art und Weise der Notirung nicht erläutert.

Der **X.** Abschnitt behandelt die Lehre vom Regreß. Sehr zweckmäßig wird in den §§. 306 und 307 die Differenz, welche durch die Ungleichheit des Wechselcurses an verschiedenen Plätzen entsteht, und die Art und Weise ihrer Ausgleichung besprochen, und durch Beyspiele erläutert, die man ebenfalls in den Handbüchern über das Wechselrecht gewöhnlich vermißt.

Im **XI.** Abschnitt: Von der Bürgschaft, dem

Pfand- und Retentionsrechte ist der erste Paragraph (§. 317 des Buchs) widersprechend und unverständlich abgefaßt. Auch kommt in diesem Abschnitt mehr vor, als die Überschrift besagt, indem darin auch von dem Vorrechte im Concurs (§§. 329 — 336) die Rede ist.

Der **XII.** Abschnitt handelt von mangelhaften und verlornen Wechseln. Als mangelhafte Wechsel (§§. 337 — 349) werden diejenigen bezeichnet, auf welchen eine Lücke in dem Indossament erscheint, oder, wo ein Indossament falsch oder verfälscht ist, oder wo der Wechsel selbst, oder die Acceptation sich als falsch oder verfälscht darstellt.

Die §§. 350 — 353 sprechen von der Amortipation verlorner Wechsel.

Der **XIII.** Abschnitt handelt von der Erlöschung des Wechselrechts und Verjährung der Wechselforderungen. Der Beysatz: und Verjährung der Wechselforderungen ist überflüssig, indem ja die Verjährung der Wechselforderungen unter die Erlöschungsarten der Wechselrechte gehört. Übrigens ist in diesem Abschnitt, außer der Verjährung, nur noch von einer einzigen Erlöschungsart der Wechselrechte, nähmlich von der Intabulation und Pränotation des Wechsels, die Rede. Alle übrigen Erlöschungsarten, deren doch noch ziemlich viele sind, bleiben ganz unerwähnt.

In Ansehung der Verjährung der Wechselforderungen schließt sich der Hr. Verf. der Ansicht an, daß die Ausdehnung der im Art. 30 der Wechselordnung für eigene Wechsel festgesetzten kurzen Verjährungsfrist auf fremde Wechsel nicht Statt habe.

Am Schluß dieses Abschnitts ist über den §. 368 die Überschrift: Concurs gesetzt; als ob der Concurs ebenfalls eine Erlöschung der Wechselrechte wäre; was er jedoch durchaus nicht ist. Denn für's erste, wie der Hr. Verf. selbst sagt, hat die Eröffnung des Concurses auf die Wechselfordernug nicht den mindesten Einfluß, wenn sich der Wechselgläubiger bloß an die Person des Cridatars halten will. Aber auch, wenn er auf das Vermögen greift, kommen ihm noch immer viele besondere Rechte zu, als: das privilegirte Pfand-, Retentions- und Compensationsrecht, dann das

Privilegium der dritten Classe. Es bleiben also die Wechselrechte durch den Concurs unbeirrt.

Der **XIV.** Abschnitt handelt von eigenen Wechseln; der **XV.** von den Botzner Marktstatuten.

Im **XVI.** Abschnitt ist das Verfahren im Wechselprocesse erörtert, und im **XVII.** Abschnitt werden Formulare von Wechselbrifen angegeben.

Sehr zweckmäßig sind den einzelnen Abschnitten die Bestimmungen des italienischen und ungarischen Handelscodex angehängt.

Druck und Papier sind von jener soliden Eleganz, welche alle Verlagswerke auszeichnet, welche die Firma: Braumüller und Seidel tragen.

Dr. Franz Kalessa.

Vertheidigung

einer Ansicht über das Verbrechen des Mordes.

Von

Herrn Dr. J. Söllner,

k. k. Rittmeister-Auditor.

In einem Aufsatze, den uns das Juliheft 1842 der Zeitschrift für öst. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde *) brachte, ist der Behauptung widersprochen: „daß jene Verletzungen, welche zwar mit Lebensgefahr verbunden sind, die aber durch zeitliche und zweckmäßige Kunsthilfe abgewendet werden können, und welche Verletzungen nur wegen Abgangs des gehörigen ärztlichen Beistandes den Tod nach sich zogen, — nicht unter die zufällig tödtlichen gehören."

Da ich die widersprochene Behauptung aufgestellt habe **), wo ihre nähere Begründung nicht an ihrem Platze gewesen wäre, und ich damals an einen Widerspruch nicht denken konnte, weil Theorie und Praxis, so weit sie mir bekannt sind, die nun bestrittene Ansicht nicht in Zweifel zogen: so fühle ich mich berufen, jetzt, da sich ein Widerspruch kund gibt, meine Behauptnng zu vertheidigen.

Die Frage, deren Lösung ich unternehme, lautet: „begründen Handlungen, welche in der Absicht zu morden unternommen

---

*) S. 24.

**) S. diese Zeitschrift 4. Band, 2. Heft.

werden, und welche den beabsichtigten Tod eines Menschen bewirkten, das Verbrechen des Mordes, wenn die Handlungen die zureichende Todesursache *) eines Individuums waren, der Tod des letzteren jedoch durch den zur gehörigen Zeit zu leistenden Beystand abgewendet worden wäre?"

Die Gründe, aus welchen ich diese Frage verneinen muß, sind folgende:

1. Das Gesetz (§. 136 d. St. G. B. I. Thl.) erfordert zum Verbrechen des Mordes, daß der Tod des Getödteten aus der Behandlung nothwendig erfolgen müsse. Hätte dem Gesetze eine Behandlung des Getödteten genügt, welche die zureichende Ursache des Todes eines Individuums war; so wäre die Limitation „nothwendig" in der Bestellung des Begriffes des Mordes überflüssig gewesen.

Supponiren wir, das Gesetz hätte das Verbrechen des Mordes erklärt: „Wer gegen einen Menschen mit dem Entschlusse ihn zu tödten, auf eine falsche Art handelt, daß dessen Tod daraus erfolgt" — somit das Nebenwort „nothwendig" hinweggelassen: so hätte das Gesetz bereits festgesetzt, daß die in mörderischer Absicht unternommene Handlung die zureichende Ursache des Todes eines Individuums gewesen seyn müsse; denn ist der Tod des letzteren nicht allein in der Behandlung gegründet, so kann man auch nicht sagen, daß letztere „die zureichende Todesursache" war.

Entweder war der erfolgte Tod eines Individuums nähmlich in der in mörderischer Absicht erfolgten Behandlung desselben allein begründet, oder es wirkten noch andere, zufällige Ursachen mit, ohne welche derselbe Erfolg nicht eingetreten wäre. — Nur in dem ersteren Falle kann man sagen, daß der Tod „aus der Behandlung" erfolgt; denn im zweyten Falle muß man sagen, daß sich der Tod zum Theile in der „Behandlung," zum Theile in zufälligen Ursachen gründete. Das Gesetz erforderte aber schon in der supponirten Erklärung, daß der Tod „aus der Behandlung" erfolge,

*) Seite 23 des Julyheftes der Zeitschrift für öst. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde. Jahrgang 1842.

wodurch bereits zufällige, mitwirkende Ursachen ausgeschlossen wären. — Würden in der supponirten Erklärung des Verbrechens des Mordes die zufälligen, mitwirkenden Ursachen mit inbegriffen werden wollen, so müßte das Gesetz auch das Vorwort „daraus" ausgelassen, und den Mord erklärt haben „. . . . auf eine solche Art behandelt, daß dessen Tod erfolgt." Schon durch das Vorwort „daraus" ist somit jede „zufällige, mitwirkende Ursache" aus dem Begriffe des Mordes ausgeschieden.

Betrachten wir den Fall, daß Jemand in mörderischer Absicht verwundet wird, die beygebrachte Wunde jedoch nicht lebensgefährlich sey. Sie wäre ohne alle Kunsthülfe geheilt worden. Ein Quacksalber übernimmt aber die Heilung der Wunde, und der Verwundete stirbt in Folge der angewendeten Mittel. Kann man in diesem Falle sagen, daß der Tod aus der Verwundung entstanden ist? Keineswegs! Sie war der Veranlassungsgrund, daß Heilkörper angewendet wurden, aus welchen der Tod entstanden ist, und Veranlassung und Ursache sind begrifflich verschieden.

Daß nach der supponirten Erklärung in Übereinstimmung mit allgemeinen Anordnungen kein Zweifel über den Sinn des Gesetzes hätte entstehen können, somit der Beysatz „nothwendig" in der Erklärung des Mordes überflüssig gewesen wäre, beweisen:

a. der §. 1 d. St. G. B. 1. Thl., welcher erfordert, daß das Übel aus der Handlung erfolgt sey, oder gemeiniglich zu erfolgen pflege;
b. der §. 2 litt. G. d. St. G. 1. Thl., nach welchem durch Zufall dem Thäter nicht zugerechnet werden kann;
c. der §. 8 d. St. G. B. 1. Thl., nach welchem der böse Vorsatz allein ohne äußere Handlung, die er durchdringt, das bestimmte Verbrechen nicht zu begründen vermag.

Es ist demnach klar, daß das Gesetz durch Hinzufügung des Nebenwortes „nothwendig" nicht bloß die zur „Behandlung" mitwirkenden, zufälligen Ursachen ausschließen wollte, welche letztere schon ausgeschlossen wären, würde das Gesetz aus seiner Definition das Wort „nothwendig" hinweggelassen haben.

Das Gesetz wollte durch den gedachten Beysatz offenbar eine fernere Beschränkung festsetzen, und worin könnte diese Beschränkung liegen, als in dem Zusammenhange der „Behandlung" mit

dem erfolgten Tode? Dieser Zusammenhang soll ein nothwendiger, daher soll die Behandlung der Art seyn, daß nach den menschlichen Erfahrungen und dem gewöhnlichen Gange der Dinge, die Lebenserhaltung „des Behandelten" nicht möglich ist; denn der Begriff des Nothwendigen schließt die Möglichkeit des Entgegengesetzten aus. Was nach den menschlichen Erfahrungen und dem gewöhnlichen Gange der Dinge möglich ist, dessen Gegentheil kann nicht nothwendig seyn. Ist die Heilung einer Verletzung nach den menschlichen Erfahrungen und dem gewöhnlichen Gange der Dinge möglich, so kann die Verletzung nicht „nothwendig tödtlich" genannt werden. Die Erfahrungen im Heilfache sind Theile des menschlichen Wissens überhaupt, und ist die Verletzung nach denselben heilbar, also die Rettung möglich: so u. s. w.

Leben und Tod sind contradictorisch entgegengesetzte Begriffe. Ist der Eine derselben gesetzt, so ist die Setzung des Andern ein Widerspruch. Ist die Setzung des Einen möglich, so kann die Setzung des Andern nicht nothwendig seyn. Ist daher die Lebenserhaltung möglich, so kann der Tod nicht nothwendig seyn. Da unser Gesetz nicht unterscheidet, durch welche Umstände die Nothwendigkeit des Todes aufgehoben seyn müsse, um den Begriff des Mordes nicht anzuwenden, so sind alle Umstände hierzu geeignet, die nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge unter Menschen den Eintritt des Todes verhindern konnten, zu welchen Umständen doch auch Kunsthülfe gehören muß, da sie unter den allgemeinen Worten des Gesetzes begriffen, und nirgends speciell ausgeschieden ist.

Die Einwendung, daß durch die Anwendung von Mitteln eine Hemmung der natürlichen Folgen der Verletzung oder Verwundung eintrete, also die Hülfeleistung eine Voraussetzung enthalte, welche dem natürlichen Gange der Dinge keineswegs gemäß ist, sondern denselben hemmt, indem der tödtlich Verwundete nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge gestorben wäre, zerfällt durch die angeführte Betrachtung, daß das Gesetz die Umstände nicht speciell angegeben hat, durch welche die Nothwendigkeit des Todes des Verletzten zerstört werden müsse. Ist die Nothwendigkeit des Todes mit einer Verwundung oder Verletzung nicht verbunden, so mangelt ein Merkmahl des gesetzlichen Begriffes des Mordes. Ob diese Trennung „des nothwendig tödtlich" von der Verwundung oder Verle-

tzung durch innere oder äußere Umstände, durch den Willen des Thäters oder eines Dritten herbeygeführt werde, ist gleichviel, da das Gesetz dießfalls keinen Unterschied festsetzt.

Zudem ist Hülfe (Kunsthülfe), die einem Verwundeten geleistet wird, allerdings dem natürlichen Gange der Dinge unter Menschen gemäß. Ruft doch die Natur mit der Verletzung zugleich auch Mittel zu ihrer Heilung hervor, indem alle Kräfte im Organismus das gestörte Wohlseyn wieder herzustellen suchen, indem die Außenwelt Heilmittel biethet, der Drang der Selbsterhaltung den Verletzten zur Anwendung künstlicher Mittel anweiset, Sympathie, Gefühl, Pflicht und Gewissen, menschliche Verbindungen Mitmenschen zur Hülfe auffordern *).

2. Wird eine tödtliche Verletzung, in Folge welcher der Verletzte stirbt, als Mord angesehen werden können, wenn der Verletzte sich selbst eine Hülfe leisten konnte, die ihn dem Tod entrissen hätte? Fälle dieser Art sind nicht ganz selten. **A** wird tödtlich von **B** verwundet. **A** glaubt, die ihm zugefügte Verletzung sey unbeträchtlich, wenigstens denkt er nicht an die Möglichkeit, die Verwundung könne seinen Tod nach sich ziehen, und aus Rache gegen den **B**, damit die Wunde ja klaffe, das Blut an seiner, des **A**, Kleidung zu sehen sey u. s. w., kurz, damit Zeugen und Richter die That von der schwärzesten Seite auffassen, verbindet er sich nicht, geht den langen Weg zum Richter, auf dem Wege findet eine reiche Blutentleerung Statt, und als **A** Beystand sucht und findet, kommt die Hülfe zu spät. Ja es ist möglich, daß **A** den Beystand seiner Hausleute, selbst des Arztes abzelehnt, bis nicht der Richter seinen Zustand gesehen hat. Es ändert den Fall auch nicht, wenn **A** im Bette blieb, und um die Gerichtspersonen sendete, sich passiv verhielt, und den ihm gebothenen Beystand abgelehnt, bis sich die Gerichtsperson von seinem Zustande überzeugte.

---

*) Wenn das vollblütige Pferd sich selbst die Ader öffnet, jedes gebärende Thier nach der Geburt die Nabelschnur abbeißt, wenn ein Thier die Wunde des andern leckt u. s. w., so zählen wir dieses zu dem natürlichen Gange der Dinge. Warum sollten wir anders von der Hülfe urtheilen, die ein Mensch dem andern oder sich selbst gewährt und gewähren kann?

Können wir in solchen Fällen sagen, daß der Tod nothwendig aus der Behandlung entstand, wenn eine Selbsthülfe oder der Beystand Anderer eintreten konnte, und die Rettung nur aus Eigensinn oder Rachgierde des Beschädigten unterblieb?

Verstehe ich die gegnerische Ansicht recht, so soll das Verbrechen des Mordes objectiv begründet seyn, wenn die Verletzung, welche den Tod eines Individuums bewirkte, nicht durch die bloßen Naturkräfte gehoben werden konnte. Allein jede Kraft äußert sich unseren Sinnen nur durch ihr Wirken. Wirken setzt Hemmungen und Begünstigungen voraus; beyde modificiren die Kraft, geben ihr Richtung und begränzen ihr Wirken. Ob Naturkräfte in einem bestimmten Falle den Tod des Verwundeten verhindern werden, kann nicht gewiß seyn, so lange nicht die Hemmungen oder Begünstigungen vermittelt sind, welche auf die Naturkräfte Einfluß nahmen, nehmen konnten oder nehmen mußten. Daß solche Hemmungen oder Begünstigungen nur im Organismus des Verletzten liegen können, ist falsch, und eben so wenig läßt sich der Beweis führen, daß unser Gesetz nur solche Hemmungen oder Begünstigungen, die im Organismus des Verletzten liegen, bey Bestimmung der Tödtlichkeit einer Verletzung in Anschlag gebracht wissen will. Das Gesetz hat vielmehr dadurch, daß es festsetzte, daß aus der Behandlung der Tod nothwendig erfolgen müsse, angeordnet, daß kein möglicher Umstand, kein Ereigniß, keine Thatsache den Tod verhindert hätte.

Zerfällt die nothwendige Tödtlichkeit einer Verwundung, wenn äußere Umstände die Tödtlichkeit aufheben konnten, so zerfällt diese nothwendige Tödtlichkeit auch dann, wenn menschliche Hilfe überhaupt oder Kunsthülfe insbesondere geleistet werden konnte. Die letzteren sind auch nur hemmende oder begünstigende äußere Umstände, sind eben so wie eine Naturerscheinung, die nicht im Organismus des Verletzten sich gründete, bezüglich auf diesen und den Thäter ein Drittes.

Es wäre der größte Widerspruch, wenn man behaupten wollte, die Wunde, die bey der Hitze, der Kälte, den Tod nach sich ziehen mußte, sey nicht nothwendig tödtlich, weil diese äußeren möglichen Umstände hinweggedacht, der Tod nicht erfolgt wäre, und dann gegen die Behauptung kämpfen wollen, daß die Wunde nicht noth-

wendig tödtlich sey, wenn eine Kälte und Wärme durch Kunst bewirkt, hiezu oder hinweg gedacht, den Tod verhindert hätte.

Gesetzt, es wäre Jemand verwundet. Ganz passiv kann er sich nach der Verwundung unmöglich verhalten. Der Naturtrieb heißt ihn, sich zu helfen und Hülfe zu suchen. Noch lebt er, hat Bedürfnisse, und strebt nach ihrer Befriedigung. Dadurch wird der Verwundete seine Lage ändern, seinen Zustand ändern, sein erster und willigster Arzt seyn. Sollten wir von solchen Vorgängen absehen, und nach dem Resultate einer inneren Naturwirkung fragen, die sich in ihrem unabhängigen Wirken nicht denken läßt, so lange noch eine Seele im Körper wohnt und ihn beherrscht? Ein Leck des Schiffes gibt seine Bewohner nicht nothwendig den Wellen preis, so lange der Schiffer die Wunde zu heilen weiß, — und der Verwundete sollte dem Tode nothwendig verfallen seyn, so lange der Geist in ihm lebt, und Mittel zur Rettung zu ersinnen vermag?

Ist unbezweifelt, daß eine Verletzung nicht nothwendig tödtlich sey, wenn der Verletzte durch Selbsthülfe dem Tode entrinnen konnte — was ist die Hülfe des Dritten der Sache nach, als ein selbst gewähltes Mittel? Mit welchem Rechte darf zwischen jener und dieser unterschieden werden?

3) Wie sehr würde der Begriff des Mordes erweitert, wollte man jede Verletzung oder Verwundung, die ohne Hülfe den Tod nach sich ziehen müssen, zu den nothwendig tödtlichen zählen! Und wäre diese Subsumirung nicht der Regel nach illusorisch?

Wir leben in socialen Verbindungen, deren Zweck nicht allein die Wahrung des eigenen Rechtes, sondern auch die Beförderung der wechselseitigen Wohlfahrt sind. Es bestehen Anstalten im Staate, welche die Folgen von Rechtsverletzungen aufzuheben suchen. Der legale Wille der Staatsbürger, dieser mächtige Hebel des öffentlichen Wohles, wird nicht minder Gefahren, die Mitbürger treffen, in ihren Folgen abzuwenden streben.

Gilt dieser Mechanismus nichts? Darf der höchste Gesetzgeber eine Hülfe durch jene Mittel nicht als möglich, vielleicht auch als wahrscheinlich voraussetzen, wenn Hülfe überhaupt möglich ist? — Ich will keine Wahrscheinlichkeitstabelle liefern; allein ich kann es bezeugen, und es dürften sich der Practiker mehr finden, die meine Erfahrung bestätigen, daß in unserem Staate der größte Theil

der lebensgefährlich Verwundeten oder Verletzten durch geleistete Hülfe dem Leben erhalten wird. Ist, wo Hülfe geleistet werden kann, und der Regel nach geleistet wird, der Tod nothwendig? Soll unser humanes Gesetz von den socialen Verhältnissen, und von den von demselben geschaffenen Institutionen abgesehen, und ein Abstractum festgestellt haben, das nur in wenigen Fällen zur Anwendung kommen wird.

Wäre es consequent, die Mehrzahl derjenigen, welchen die geleistete Hülfe zu Statten kommt, wegen Mordversuch oder schwerer Verwundung zu strafen, und einige Wenige, die eine gleiche That verübten, als Mörder zu behandeln?

4) Die gegentheilige Meinung entspringt offenbar aus der Verbindung des Nebenwortes „nothwendig" mit der Verletzung als Ursache des Todes betrachtet. Allein unser Gesetz sagte nicht, daß die Verletzung nothwendig tödtlich seyn müsse, um den Mord objectiv zu begründen. Das Gesetz verbindet das Merkmahl mit der Behandlung als Ursache des Todes. Der Behandlung muß die Eigenschaft zukommen, daß sie den Tod nothwendig herbeyführt. Behandlung ist aber nicht das einzelne Stadium: „die Verletzung," sondern eine Summe von Handlungen mit allen ihren Merkmahlen, woraus der Tod nothwendig hervorgehen muß.

Unter „Behandlung" sind also alle Merkmahle der That begriffen. Geht aus ihnen nicht hervor, daß der Behandelte sterben mußte, so kann vom Verbrechen des Mordes keine Rede seyn. Wenn also die Verletzung nicht unter Umständen (Behandlung) geschah, welche die Erhaltung des Verletzten ausschließen, so wird das Verbrechen des Mordes nicht begangen. Die Möglichkeit der Hülfe, und in unserem Staate, die Wahrscheinlichkeit der Hülfe sind Merkmahle der „Behandlung," welche ihr die Eigenschaft entziehen, daß unter den ihr eigenthümlichen Umständen der Tod nothwendig erfolgen müsse.

Daß die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Hülfe mit zu den Merkmahlen der „Behandlung" gehören, dieß geht aus dem weiten Umfange dieses Begriffes hervor. Auch die Zeit und der Ort schafft den Thäter nicht, sie gehen nicht aus seiner Behandlung hervor, und doch sind beyde Bestimmungen, Merkmahle der That. Mit der Zeit, dem Orte der That, den Waffen, der Entfernung nach

der verletzenden Handlung ohne dem beabsichtigten Erfolg der letzteren abzuwarten, oder ihn zu sichern, sind Umstände gegeben, welche eine Hülfe möglich oder wahrscheinlich machen, sind Umstände der Behandlung gegeben, die wie „die verletzende Handlung" mit ihr durch den Willen des Thäters verknüpft sind.

5) Sprechen wir von einer Verletzung oder Verwundung als einer Species „der Behandlung," so ist begreiflich, daß der Species alle Merkmale des Genus zukommen müssen, folglich auch die Verletzung oder Verwundung nothwendig den Tod zur Folge gehabt haben müsse, soll vom Verbrechen des Mordes die Rede seyn.

Wer bestimmt nun, ob eine Verletzung, eine Wunde nothwendig tödtlich sey? — Nur der Kunstverständige. Der Kunstverständige hat in seinem Fache auch seine Terminologie, und da das Gesetz beym Morde zu Thaterhebungen Kunstverständige beyzuziehen verordnet, ja ihrem Ausspruche in Rücksicht der Tödtlichkeit einer Verletzung oder Wunde Beweiskraft gibt, so hat das Gesetz die zwangbaren Lehrsätze ihrer Kunst, somit auch ihre Terminologie als gültig anerkennt; denn ohne diese Anerkennung gibt es keinen Beweis durch Kunstverständige.

Es stimmen aber die meisten und gefeyertsten Gerichtsärzte *) darin überein, daß eine Verletzung oder Verwundung nicht nothwendig tödtlich sey, wenn die Lebenserhaltung des Verwundeten oder Verletzten durch ärztliche Hülfe möglich ist *).

Es könnte bezweifelt werden, daß der Arzt zu entscheiden habe, ob eine Verletzung nothwendig tödtlich sey, und diese Entscheidung dem Richter eingeräumt werden. — Hat die Entscheidung des Arztes

---

*) Metzger's gerichtliche Arzneywissenschaft §. 68 und die von ihm citirten Schriftsteller. — Bernt's gerichtliche Arzneykunde, 3. Auflage, §. 960. — Klar und umfassend ist die hier vertheidigte Ansicht in mehreren Gutachten, und insbesondere in einer der Berliner medicinischen Facultät von den ausgezeichnetsten Ärzten unserer Zeit ausgesprochen, in der Monographie: Beytrag zu der Würdigung der Lehre von Kopfverletzungen, mitgetheilt von Doctor Schmidt, Hamburg 1838, bey Hoffmann und Kampe.

**) S. die citirte Abhandlung im July-Hefte 1842, S. 37.

in dieser Hinsicht keine Wirksamkeit, stände sie dem Richter zu, so könnte der Arzt, ja er sollte die Entscheidung unterlassen. Würde aber dann der Richter, aus welchem Grunde, mit welcher Befähigung entscheiden, daß die Wunde, die Verletzung nothwendig tödtlich sey? — Was ist die Entscheidung, ob eine Wunde, eine Verletzung nothwendig tödtlich sey — anders, als die Anwendung von Grundsätzen der Heilkunde auf die wissenschaftlich erforschten Erscheinungen eines Organismus? Nur wer in dem Fache kunstgemäß gebildet, durch Übung in der Anwendung der Theorie eine Fertigkeit erlangt hat, kann eine solche Entscheidung richtig fällen.

Ob eine Wunde tödtlich sey oder nicht, dieses entscheidet der Arzt, und soll es entscheiden, die weitere Species, deren Erkennbarkeit an gleiche Bedingungen gebunden ist, der Nichtarzt?

6) Die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht zeigt sich aus den Schwierigkeiten, die sie in der practischen Durchführung biethen würde, und die nicht anders zu beseitigen sind, als indem der von dem Gegner ausgedehnte Wortsinn unseres Gesetzes auf die hier behauptete Deutung zurück geführt wird, wodurch aber die gegnerische Behauptung von selbst zerfällt.

Die Natur ist nähmlich eine so große Künstlerin, daß der wahrheitsliebende Arzt sich nimmer zu dem Ausspruche verstehen wird: was der Kunst gelingt, kann nie und nimmer die Natur vollbringen!

Ich erinnere mich hier des Falles, daß ein Hörer der Medicin, um sein Leben zu enden, in ein Bad stieg, und sich am linken Arme die Venen öffnete, um zu verbluten. Nach einigem Blutverlust überfiel den jungen Menschen eine Ohnmacht, der Kreislauf des Blutes stand still, und der Blutstrom versiegte. Erst nach länger denn einer halben Stunde ward der Bethörte gefunden, und dem Leben erhalten.

Wir sehen in diesem Falle die Natur aus eigener Kraft jenen Zweck erreichen, den man sonst nur dem Verbande eines Wundarztes erreichbar glauben sollte. Wenn es welche Fälle daher geben sollte, in wie vielen und mit welcher Gewißheit wird entschieden werden, daß es der Natur unmöglich war, zu helfen, daß aber der Arzt Rettung biethen konnte?

Was der Kunsthülfe (versteht sich unter Mitwirkung der Natur-

kräfte) nicht möglich ist, das ist ohne Zweifel auch der Naturkraft allein nicht möglich. Darüber haben wir Gewißheit und mit ihr eine allgemeine Regel zur Entscheidung. Ärzte können aus den Erfahrungen von Jahrhunderten angeben, welche Verletzungen durch Anwendung bestimmter Mittel (Unterstützungsmittel der Naturkraft) geheilt werden können.

Ist der Spruch des Arztes dahin ergangen, daß eine Wunde, eine Verletzung heilbar ist, so müßte der Arzt nach der gegnerischen Ansicht weiter festsetzen, ob die Verletzung oder Verwundung nur durch die Kunst oder auch durch die Natur habe geheilt werden können. Um dieser Unterscheidung Willen müßte der Arzt auf alle innern Lebensquellen und auf alle äußern möglichen Begünstigungen Rücksicht nehmen, und dann? — wird der Arzt in den seltensten Fällen entscheiden, die Natur oder äußere begünstigende Umstände konnten nie und nimmer die Wirkung künstlicher Heilmittel ersetzen. Ein Grundsatz aber, der auf die wenigsten der darunter begriffenen Fälle Anwendung findet, scheint doch kein probehältiger, kein gesetzlicher zu seyn.

Ist eine reine Kunsthülfe denkbar? Unterstützt oder leitet doch der Arzt nur die Naturkräfte und das Resultat, das der erleuchtetste Arzt erzielt, ist das nicht ein Product beyder Factoren: der Natur und Kunst? Sollten wir unsere Entscheidungen nur auf einen der Factoren bauen, und mit welchem Rechte werden wir den andern ausschließen?

7. Finde ich einen zu bedeutenden Unterschied zwischen heilbaren und nicht heilbaren Verletzungen, um anzunehmen, unser Gesetz habe sich von den Grundsätzen der Strafrechtsphilosophie so weit entfernen, und auch die ersteren zu den nothwendig tödtlichen zählen wollen, wenn ohne einer Hülfe der Tod des Verletzten nothwendig erfolgen mußte.

Erfolgt der Tod des Verletzten Tage oder Wochen nach der Verletzung, so müssen wir den Tod auf die verletzende Handlung zurück beziehen. **In abstracto** ist mit der verletzenden Handlung bey einer unheilbaren, nothwendig tödtlichen Verletzung der Tod schon gegeben, der Mord verübt und der Zeitverlauf zwischen der verletzenden Handlung und dem Tode gleichgültig. Ist die zugefügte Verletzung aber heilbar, so ist mit der verletzenden Handlung

noch keineswegs gewiß, daß das Verbrechen des Mordes verübt wurde; wir müssen erst den Tod des Verletzten abwarten, um über die Beschaffenheit der verletzenden Handlung zu urtheilen. Und was ist dieses Warten, als das Geständniß, daß wir in der verletzenden Handlung nicht das finden, was den Thäter zum Mörder stämpelt.

Erwarten wir auch bey einer unheilbaren nothwendig tödtlichen Verletzung den Tod des Verletzten, so beabsichtigt dieses Warten nur die durch die Erfahrung bestätigte Gewißheit zu erlangen, daß der Tod die nothwendige Folge der Verletzung, also die Verletzung nothwendig tödtlich sey. Dagegen ist bey einer heilbaren Verletzung nicht allein diese Gewißheit, sondern auch die Gewißheit nothwendig, daß keine Hülfe geleistet werde. Die Zeit und die mit ihr gegebenen Ereignisse bestätigen in jenem Falle unser Urtheil, oder weisen nach, daß es irrig war, während sie in diesem unser richtiges Urtheil aufheben.

Eine heilbare tödtliche Verletzung enthält eine directe Beziehung auf ungewisse Umstände, ist eine bedingt, problematisch tödtliche Verletzung, und wie soll eine solche mit den unheilbaren tödtlichen Verletzungen in eine Classe unter die Classe der apodictischen gezählt werden? — Sinkt die tödtliche Verletzung dadurch, daß sie heilbar ist, nicht zu den lebensgefährlichen Verletzungen herab? Gefahr ist ein Zustand, in dem unsere Rechte bedroht werden, lebensgefährliche Verletzungen bedrohen unser Leben, die Abwendung ihrer Folgen muß aber möglich seyn. — Finden sich diese Merkmahle nicht an den heilbaren, tödtlichen Verletzungen, und hieße es nicht alle Schranken zwischen verschiedenen Begriffen niederreißen, wenn heilbare, tödtliche Verletzungen zu den nothwendig tödtlichen gezählt würden? — Daß heilbare, tödtliche Verletzungen unter gewissen Voraussetzungen nothwendig tödtlich sind, ist wahr, eben so wahr, als daß jedes Urtheil unter gewissen Voraussetzungen falsch ist.

8. Können in einer Strafgesetzgebung günstige und ungünstige Zufälle, Ereignisse, die von dem Willen des Schuldigen unabhängig eintreten, nicht ohne allen Einfluß auf die Straffanction bleiben. Allein Niemand wird einer Gesetzauslegung Beyfall schenken, wodurch solche ungünstige Zufälle ohne klare Vorschrift des

Gesetzes vermehrt werden, und eine solche Vermehrung wäre der Grundsatz, daß die durch Zufall unterbliebene Kunsthülfe dem Thäter zum Nachtheil gereichen soll, während die zufällig eingetretene Kunsthülfe einen anderen Schuldigen einer strengeren Bestrafung entzieht.

Hat der Thäter seine That auf eine solche Art eingeleitet, daß jeder dem Verletzten, Verwundeten, zu leistende Beystand unmöglich wird, z. B. er verletzte ihn, schleppte ihn in ein unterirdisches Gefängniß, versperrt ihn dort, stürzte ihn in eine der menschlichen Hülfe entlegene Kluft u. s. w., dann können zu den Verletzungen Umstände treten, welche jede Hülfe ausschließen und den Tod nothwendig aus der Behandlung herbeyführen.

Ich schreite nun zur Beantwortung der gegenseits aufgestellten Einwendungen.

a) Die Kunsthülfe steht mit der verletzenden Handlung und dem gesammten Zustande des Verletzten in keinem ursächlichen Zusammenhange, und ist in dieser Beziehung rein zufällig.

Der erste Satz dieses Beweisgrundes ist wahr, denn stünde die Kunsthülfe in einem ursächlichen Zusammenhange mit der verletzenden Handlung, so wären die heilenden Ärzte des Mordes mitschuldig, was Niemand behauptet hat. — Aus diesem Grunde läßt sich daher nur folgern, daß die heilenden Ärzte am Verbrechen des Mordes nicht mitschuldig sind.

Wir finden dagegen, daß die Kunsthülfe mit der Lebenserhaltung in einen ursächlichen Zusammenhang treten könne, weil mit der Möglichkeit der Kunsthülfe, und Hülfe durch die Kunst auch die Lebenserhaltung möglich ist. Durch den ursächlichen Zusammenhang der Kunsthülfe mit der Lebenserhaltung, dem Gegentheile des Todes, hat sie auf das Eintreten oder Nacheintreten desselben ebenso Einfluß, wie die verletzende Handlung, ob gleich sie mit dem Tode in keinem ursächlichen Zusammenhange steht, und diesem Einflusse hat das Gesetz Entscheidungskraft mit dem Worte „nothwendig“ gegeben.

Wenn wir den gegnerischen Grund in der Form geben und sagen, daß die Kunsthülfe unabhängig von dem Willen des Thäters eintrete, so entscheidet er nicht mehr für die gegnerische Ansicht; denn damit dieser Grund etwas beweise, müßte die von **dem**

Willen des Thäters abhängige Kunsthülfe bey der Entscheidung, ob das Verbrechen des Mordes verübt wurde, von Einfluß seyn, was doch nicht der Fall ist, da die nachfolgende Reue nur ein Milderungsgrund bey Ausmessung der Strafe bildet, das verübte Verbrechen aber nicht umwandeln kann.

Wahr ist es, daß die Kunsthülfe ein der Verletzung nachfolgendes Factum ist; allein die Beschaffenheit der Verletzung, vermöge welcher sie Kunsthülfe zuläßt, ist eine Beschaffenheit der Handlung selbst und muß so wie die letztere und mit ihr als in dem Willen des Thäters begründet angesehen werden, da sie aus dem Willen des Thäters hervorging.

Daß die Kunsthülfe nicht nothwendig eintreten müsse, ist wahr; allein aus der Anordnung des Gesetzes, daß das Verbrechen des Mordes nicht vorhanden sey, wenn der Tod durch zufällige Begünstigungen der That entstanden; läßt sich nicht folgern, daß jenes Verbrechen begründet ist, wenn zufällige Begünstigungen das Leben des Angegriffenen erhalten konnten. Aus der engeren Begränzung des Umfanges des gesetzlichen Begriffes läßt sich die behauptete Erweiterung des letzteren nicht erschließen.

Der Einwurf, daß, wenn zufälligen begünstigenden Umständen ein entscheidender Einfluß gegeben werden soll, auch die Fälle zu berücksichtigen sind, daß z. B. die Kugel ihr Ziel verfehlt, das Messer eine ungefährliche Richtung genommen haben könnte, scheint mir kaum einer Lösung zu bedürfen. Solche Umstände beziehen sich auf die Gewißheit der Thathandlung selbst, und solchen Einfluß geben, hieße, den Mörder unbestraft lassen, weil es möglich war, daß er den Mord hätte unterlassen können, hieße also das Geschehene ob der Möglichkeit des Entgegengesetzten hinwegläugnen. Unser Fall dagegen bezieht sich auf den Zusammenhang der Thathandlung mit einem bestimmten Erfolge, welchem Zusammenhange vom Gesetze das Merkmahl nothwendig beygelegt wird, um positive und negative zufällige Umstände auszuschließen, die den Zusammenhang der unbezweifelt vollbrachten That mit dem Erfolge vermittelten.

Wollte man zufälligen begünstigenden Umständen, in dem gegebenen Falle die Kunsthülfe, die den Tod — nach vollbrachter That — ausschließen, keinen Einfluß zugestehen, so müßte man

auch den Thäter des Mordes schuldig erkennen, wenn der Verletzte durch eine schleunige und zweckmäßige Kunsthülfe gerettet werden konnte, und diese zwar beginnt, aber aus Nachlässigkeit des Arztes der Angehörigen, oder Unfügsamkeit des Patienten nicht vollendet wird.

b) Der zweyte Grund lautet: „Wenn wir etwas voraussetzen . . . so erklären wir es für nothwendig," was keinen Sinn gibt. Sollte vor nothwendig aber das Wörtchen „nicht" ausgeblieben seyn, so enthält dieser Obersatz eine Unrichtigkeit, weil nichts entgegensteht, Mögliches, Wirkliches, so wie Nothwendiges vorauszusetzen. So sagt man z. B. ich setze voraus, daß du deine Pflichten erfüllst, daß du sterben wirst. Eben so wenig einleuchtend ist mir der Untersatz: „Kunsthülfe ist aber in Bezug auf den Zustand des Verletzten ein Zufälliges, folglich kann sie nicht vorausgesetzt werden."

Will mit diesem Einwurfe vielleicht gemeint seyn, daß Kunsthülfe nicht nothwendig dem Verletzten geleistet werden müsse; so ist diese Behauptung evident, d. h. ohne Begründung einleuchtend, und auf diese Einwendung geantwortet. Ich mache hier nur noch aufmerksam, daß dieser Grund zu weit ist, und ohne Zwang in seiner Auslegung dahin führen würde, einen Mord auch da anzunehmen, wo der Verletzte geheilt wurde.

c) Hängt es von vielen zufälligen Umständen ab, ob eine allen Anforderungen genügende ärztliche Hülfe geschafft werden kann. Zufall ist es, ob in einem solchen Falle ein Arzt herbeygerufen wird ob seine Hülfe zu erlangen ist, ob derselbe frühzeitig genug geschafft wird, und — ob sie ganz zweckmäßig ist.

Unter das, was nicht nothwendig, also zufällig ist, nehmen wir auch Ereignisse, die gewöhnlich, häufig und manchmahl eintreten. Ich kann mich nach dem Gesagten nicht überzeugen, daß in einem Staate, wo so viel für die öffentliche Gesundheitspflege geschieht, wie in unserem Staate, eine allen Anforderungen genügende ärztliche Hülfe unter die zufälligen Umstände in dem Sinne gehöre, daß sie selten und in dem Sinne, daß sie selten zweckmäßig geleistet wird.

d) Um über den Umstand, daß Kunsthülfe zeitig und zweckmäßig geleistet worden sey, in jedem vorkommenden Falle entschei-

den zu können, müßten vorerst im Felde der Arzneykunde genau die Kriterien bestimmt seyn, aus welchen sich von Fall zu Fall mit Sicherheit entscheiden ließe, ob eine Verletzung durch zeitliche Kunsthülfe heilbar oder unheilbar gewesen wäre, was aber — in Berücksichtigung des steten Fortschrittes der Arzneykunde, der Individualität des Verletzten, ja der größeren oder minderen Geschicklichkeit der behandelnden oder untersuchenden Ärzte durchaus unmöglich ist.

Zur Beruhigung, die dieses Besorgniß erheischt, kann jeder Praktiker, kann jeder Arzt versichern, daß es nicht unter die durchaus unmöglichen Dinge gehört, zu bestimmen, ob eine bestimmte Verletzung durch Kunsthülfe heilbar sey oder nicht. In den allerseltensten Fällen werden die Ärzte hierüber keinen Ausspruch thun können, und solche Fälle ergeben sich auch bey der Frage, ob eine Verletzung überhaupt nothwendig tödtlich sey, ob ein Kind lebend oder todt geboren u. s. w. Weiß doch der gelehrte Jurist nicht immer, ob der Inquisit des ihm angeschuldeten Verbrechens schuldig oder nicht schuldig sey. Ein bescheidenes „non liquet“ finden wir in jeder Wissenschaft. Dadurch kann aber der Ausspruch in andern Fällen, wenn Gewißheit vorliegt, nicht verdächtiget werden.

Was den Grund des Fortschrittes der Arzneywissenschaft betrifft, hat es eine Wissenschaft zur Vollendung gebracht? deßhalb, weil das, was jetzt wahr scheint, in folgenden Zeiten sich vielleicht als unwahr offenbart, um dieses „Vielleicht“ Willen den Ausspruch eines Arztes entkräften, hieße auch die Urtheile aller Tribunale umstoßen.

Daß die Individualität des Verletzten berücksichtigt werden müsse, ist eine Wahrheit, deren Gewicht der Gerichtsarzt zu würdigen weiß. Sollte ihm dieß unmöglich seyn, so würde ihm, wahrlich! nicht länger sein wichtiges Amt anvertraut werden können.

Eine gleiche Erwiederung hat die Einwendung zu erwarten, daß die Geschicklichkeit des Arztes zu berücksichtigen ist. Hat der Staat nicht durch Prüfung der Ärzte u. dgl. die Sicherheit gewährt, daß die von ihm aufgestellten Medicinalpersonen die nöthige Geschicklichkeit besitzen? Schlägt diese Einwendung nicht alle Institute im Staate?

Wenn die Gerichtsärzte nach vorgenommener Section erkennen, daß die Verletzung nach dem Grundsatze der Heilkunde hätte gerettet werden können, so ist jene nicht nothwendig ödtlich. Auf diese Grundsätze verweiset sie ihre Instruction. Leistete ein Arzt dem Verletzten Beystand und sollte derselbe ein zweckwidriger gewesen seyn, so entscheidet dieser Umstand nichts über die Tödtlichkeit einer Verletzung und ihrer Heilbarkeit.

Übrigens will, wenn Bernt in seiner gerichtlichen Arzneikunde und mit ihm andere Gerichtsärzte von zweckmäßiger und schneller (zeitlicher) Kunsthülfe sprechen, damit nicht gesagt seyn, daß, um über die Tödtlichkeit einer Verletzung ein Urtheil zu fällen, zuerst erwogen werden müßte, ob die in dem speciellen Falle geleistete Hülfe schnell und zweckmäßig war; sondern ob die Verletzung den Grundsätzen der Heilkunde gemäß durch ärztliche Hülfe — also eine solche Hülfe, die eben auf jenen Grundsätzen beruht (zweckmäßig) und gleich nach der Verletzung (zeitlich) geleistet worden wäre, geheilt werden konnte. Der letztere Beysatz geschah, um den Irrthum zu entfernen, als müsse der Arzt die Krankheit nach dem Stadium in Betracht ziehen, wie er zum Verletzten trat, bis zu welcher Zeit z. B. durch den eingetretenen Brand, jede Hülfe unmöglich seyn kann.

e) Daß das Gesetz unter den Mord den Giftmord zähle, bey der Vergiftung aber zeitliche und zweckmäßige Hülfe den Tod abgewendet hätte. Das Merkmahl, das der Species zukommt, muß auch dem Genus zukommen, und was sich nicht von jener sagen läßt, kann auch von diesem nicht behauptet werden, folglich erfordert das Gesetz zum Verbrechen des Mordes überhaupt nicht, daß Kunsthülfe unstatthaft gewesen seyn müsse.

Dagegen erwiedere ich, daß das Gesetz das Merkmahl „nothwendig" mit der Behandlung eines Menschen und nicht mit der Verletzung allein dergestalt verband, daß nur aus dieser der Tod folgen müßte. Gifte (im strengen Sinne) beybringen, ist aber eine solche Behandlung, bey der die Rettung der Regel nach nicht stattfindet, so wenig, als wenn Jemand lebensgefährlich verwundet und dann in einem Keller versperrt wird, bis er stirbt, indem, wenn **das Gift seine Wirkung äußert, Hülfe gesucht wird, diese auch zu spät kommt.**

Übrigens werden auch hier der Gerichtsarzt und der Richter nicht leichthin, selbst bey erfolgtem Tode des Vergifteten, den Fall als das vollendete Verbrechen des Giftmordes ansehen. Es wird die Gattung und Menge [1]) des beygebrachten Giftes, die Wirkung desselben auf den Organismus erwogen werden, und ergibt sich aus diesen und andern Umständen, daß aus dieser Behandlung der Tod nothwendig hervorging, so wird der Thäter auch des Mordes schuldig erkannt werden müssen. — Konnte aber nach allen diesen Umständen Hülfe eintreten — war sie nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge möglich — dann wird auch das Urtheil nicht das vollbrachte Verbrechen des Giftmordes aussprechen.

f) Es führt die hier vertheidigte Meinung auf Widersprüche. Man müßte nähmlich, wenn der Tod des Verletzten erfolgte, durch zeitliche Kunsthülfe aber hätte abgewendet werden können, und wenn die mörderische Absicht nicht gegen den Thäter erwiesen ist, den Schuldigen wegen schwerer körperlichen Verletzung verurtheilen, was schon bey erfolgtem Tode dem Sprachgebrauche widerstrebt. —

Ich weiß nicht, ob mir der Fall nicht auch inconsequent vorkommt, daß, wenn es — ein nicht nur möglicher, sondern vorgekommener Fall — gewiß ist, daß A oder B den Diebstahl (den Mord) verübt haben, jedoch welcher von beyden das Verbrechen verübt habe, ungewiß bleibt, beyde ab instantia losgesprochen werden. Wir haben doch den Thatbestand des Diebstahls (des Mordes) erhoben, den Beweis, daß wir den Thäter im Gewahrsame haben, hergestellt — und doch entlassen wir ihn.

Um den nicht Criminalistischen, dem Sprachgebrauche des Volkes zu genügen, dürfen wir keine Ungerechtigkeit thun. Wenn Jemand nicht nothwendig tödtlich verletzt wird, aber doch an Folge der Wunde nach Tagen stirbt, z. B. wegen des hinzugetretenen Brandes, so wird der, der über die Gefährlichkeit der Verletzung und die Wirkung der Kunsthülfe, die geleistet werden konnte, nicht urtheilen kann, auch sagen: „er ist ermordet worden. [2])

[1]) Erkennbar aus der Zeit, binnen welcher es wirksam war, und den sichtbaren Zerstörungen.

[2]) Inconsequenzen und Absurditäten findet der Laie in jeder Wissenschaft vollauf.

Ist die Absicht des Mordes nicht erwiesen, so kann der Thäter nicht als Mörder bestraft werden, ist die Behandlung nicht als nothwendig den Tod bringend anzusehen, so ist der Thäter noch nicht Todtschläger. In welche Classe von Verbrechen wollte nun Gegner in beyden Fällen die That reihen, wenn nur bewiesen, daß der Thäter den Getödteten schwer verletzte? Ist doch nichts mehr erwiesen, aber auch alles, was das Gesetz zum Verbrechen der schweren Verletzung erfordert?

Die Schlußbemerkung des gedachten Aufsatzes, daß man denjenigen des Mordes nicht für schuldig halten würde, der z. B. einen andern ins Wasser wirft u. s. w., zerfällt durch den oft wiederhohlten Grundsatz, daß der Tod aus der Behandlung des Getödteten nothwendig erfolgen müsse. Wer ein Kind zur Nachtszeit in einen tiefen Strom von einem steilen Ufer hinabstürzt, handelt der gleich mit dem, der einen kräftigen, des Schwimmens kundigen Mann in einen vier Schuh tiefen Fluß im Angesichte von Fischerkähnen wirft? — Wir wollen in solchen Fällen die Umstände erwägen und im Zweifel die Milde der Strenge vorziehen [*]).

*) Die Einwendung, daß die Gerichtsärzte nach ihrer Instruction nur entscheiden sollen, was die Ursache des Todes ist, u. a. m., glaube ich übergehen zu dürfen, und bemerke nur rücksichtlich der angeführten, daß das Strafgesetz vorschreibe, zu ermitteln, ob die Behandlung den Tod nothwendig nach sich zog und die Instruction den g. Arzt anweiset, die Fragen, die ihm der Richter stellt, zu beantworten; die Instruction nicht festsetze und festsetzen konnte, was nothwendig tödtliche Verletzungen sind, und jene überhaupt kein Strafgesetz ist.

Versuch

einer Auslegung der mit allerhöchster Entschließung vom 1. April 1833 ergangenen und mit Circular des k. k. m. schl. Landesgubernium unterm 3. Juni 1833 Z. 17405 kundgemachten Verordnung in Beziehung auf Verleihung der jüdischen Familienstellen in Mähren.

Von

Christian Fiala,

Justizamtmann der Herrschaft Groß-Meseritsch in Mähren.

Die Anhänglichkeit der Juden an das vaterländische Princip, ihre Begeisterung für Nationalität und der dadurch auf alle Völker von ihnen ausgeübte Einfluß, scheint die österreichische Regierung bis jetzt bestimmt zu haben, für diese Classe von Unterthanen besondere, ihrer übermäßigen Verbreitung entgegenstehende Gesetze zu erlassen.

Die zuletzt für Mähren in dieser Beziehung ergangene Verordnung ist vom 3. Juni 1833 Z. 17405 im Grunde der a. h. Entschließung v. 1. April 1833. Die Reichhaltigkeit dieses, auf 16 §§. beschränkten Gesetzes zu entwickeln, die Gerechtigkeit der einzelnen Vorschriften durch ihre Beweggründe einleuchtender zu machen, und die Anwendung derselben zu erleichtern, hat sich der Verfasser dieses Aufsatzes zur Aufgabe gemacht.

§. 1.

Der Eingang dieser Verordnung zeigt, daß die früher in Absicht auf Verleihung jüdischer Familienstellen in Mähren beste-

henden Normen nur in so fern durch selbe aufgehoben sind, als an ihre Stelle für ausdrücklich vorkommende Fälle neue Bestimmungen festgesetzt worden sind; für alle andern Fälle behält der Inhalt der ältern Verordnungen seine Kraft. Der erste Paragraph beschäftiget sich mit der gesetzlichen Nachfolge in der Familienstelle bei dem Absterben eines jüdischen Familianten durch dessen eheliche Söhne, welche zum Unterschiede mit den andern Geschlechtswerbern, gesetzliche Anwärter heißen.

Die Bedingungen, unter welchen ein Sohn dem Vater in der Geschlechtsstelle folgt, sind folgende:

a) Das Absterben eines Familienjuden;

b) der Übertritt eines Familienhauptes zu einer andern Religion.

c) Die befugte Auswanderung oder Übersiedlung eines Familianten.

d) Die Löschung eines Familianten aus der Familienzahl, wenn er durch 3 Monate das Familiengeld, die Entfernungssteuer und die sonst auf ihn entfallenden Domesticalbeyträge an die Gemeinde nicht abführt.

Der Fall einer durch die unbefugte Auswanderung, Übersiedlung oder Todeserklärung eines Judenfamilianten in Erledigung kommende Geschlechtsstelle ist implicite in dieser letzten gesetzlichen Bestimmung schon enthalten.

Das Gesetz hat im §. 1 ausdrücklich die Rechte der Anwärter nur auf den ersten Fall: ad a), wenn nähmlich ein jüdischer Familiant stirbt, beschränkt.

Der Grund dieser Bestimmung ist die Absicht des Gesetzgebers, daß selbe mit den bereits für die in b, et c, et d, aufgezählten Fälle durch dieses Gesetz, wie bereits gesagt, nicht aufgehobenen, somit bestehenden früher ergangenen Verordnungen im Einklange steht,

oder Wechsel der Religion würde

ad b) häufig aus der Voraussicht der jüdischen Familienhäupter hervorgehen, damit ihre großjährigen Söhne die Anwartschaft auf die Familienstelle erlangen.

Durch ein solches Gesetz würden die neuen Religionsgenossen wohl Heuchler, aber keine Kinder des Lichtes gewinnen. Sind die Knaben des Neophyten noch in dem Alter, wo sie nicht unterschei-

bungsfähig sind, so müssen sie ohnedieß, wenn der Vater zur katholischen Religion übertritt, zu Folge Hofdecret **sub dato** 19. Februar 1790 und 17. July 1808, der Religion des Vaters folgen, wodurch ihre Rechte als Anwärter erlöschen.

Nachdem ferner

ad c) die befugte Auswanderung oder Übersiedlung eines Judenfamilianten nur mit Bewilligung der Behörden geschehen kann, so fließt daraus, daß diese die Übertragung der Familienstelle an dessen Sohn bey dieser Gelegenheit nicht billigen können, ohne daß die Auswanderungs- oder Übersiedlungs-Urkunde in eine Art Familiencession übergeht. Die Natur der Sache und der Zustand der Personen in diesem Falle erheischt, daß man nur allen Gliedern der Familie zusammen die Auswanderungs- oder Übersiedlungs-Bewilligung ertheilt, mithin kein männlicher Zweig mehr zur Fortpflanzung in der Gemeinde zurückbleibt. Eben so wenig wird

ad d) die Landesstelle nach dem klaren Inhalte des Gesetzes den Sohn jenes Vaters in der Familienstelle folgen lassen, dessen Familienzahl wegen Steuerrückständen gemäß der Gubernialverordnung **sub dato** 23. May 1817 Z. 13535 gelöscht werden mußte, im Widrigen eine derley Anordnung nur die Quelle zahlreicher Mißbräuche würde, welche der Gesetzgeber durch dieses Patent geradezu vermieden haben will, und daher, wie gesagt, das Recht der gesetzlichen Anwartschaft eines ledigen Juden auf die Geschlechtsstelle des Vaters nur aus dem physischen Tode des Letzteren allein hervorgeht.

2tens. Die eheliche Abstammung von dem verstorbenen Vater. Die Subjecte, die hier das Gesetz begünstigt, müssen eheliche — und nicht bloß natürliche Söhne des verstorbenen Vaters seyn.

Aus dieser Rücksicht sind hier ausgeschlossen:

a) Alle unehelichen Kinder des Verstorbenen.

b) Kinder, die außer der Ehe geboren und die durch nachher erfolgte Verehelichung ihrer Eltern in die Familie eingetreten sind, als schon andere in der inzwischen bestandenen Ehe erzeugte eheliche Söhne die Anwartschaft zur Familienstelle bereits erworben haben. (§. 161 des a. b. G. B.)

c) Wahlkinder. (§. 179 des a. b. G. B. und Hofdecret vom 25. November 1814)

Wenn der verstorbene Familiant nur Töchter hinterläßt, so

übergeht seine Geschlechtsstelle an Söhne anderer Familianten, jedoch bleibt es den Töchtern nach dem Patente vom 18. September 1752, 4. Abs., unbenommen, sich in oder außer Landes zu verheirathen.

3tens. Daß keiner seiner Brüder eine Familienstelle in der Gemeinde besitzt.

Die Gesetzgebung beschränkt hier die Anordnung, daß keiner der Söhne eine Familienstelle besitzen darf, bloß auf die Gemeinde, zu welcher der verblichene Israelite gehört. Hieraus folgt, daß der Besitz von Familienstellen in andern fremden Gemeinden von Seite der Söhne des Verstorbenen die Anwartschaft den andern ehelichen Söhnen auf die Geschlechtsstelle des verblichenen Vaters nicht zu rauben vermag.

Dieses Gesetz steht mit der Gubernialverordnung vom 28. Februar 1832 Z. 3623 im engsten Zusammenhange, zu Folge welcher auswärtige Competenten in Ermangelung fähiger Einheimischer berücksichtigt werden dürfen, mithin der Fall immer eintreten kann, daß, wenn ein Familiant einer Gemeinde stirbt, dessen Söhne in andern fremden Gemeinde Geschlechtsstellen besitzen. Hat jedoch einer der Söhne des verstorbenen Familianten bereits eine Familienstelle erhalten, und ist er vor dem Vater ohne Nachkommenschaft gestorben, so beraubt dieser Umstand die andern lebenden Söhne des Verstorbenen der gesetzlichen Anwartschaft auf die Familienstelle desselben aus dem Grunde nicht, weil das Gesetz die Anwartschaft ausdrücklich auf den Fall beschränkt, wenn bey dem Absterben des Vaters keiner seiner Söhne eine Familienstelle besitzt, und die Absicht des Gesetzgebers dahin geht, die Fortpflanzung des Familienoberhauptes zu begünstigen, daher dieses Recht der Anwartschaft nur damahls erlischt, wenn der verstorbene mit einer Familienstelle begabte Sohn selbst Söhne hinterließ.

4tens. Daß er entweder das höhere Alter über seine Brüder, oder aber ihre Zustimmung zur Erlangung der Geschlechtsstelle nach dem Vater nachweise.

Der Inhalt dieser Stelle des Gesetzes beziehet sich auf Vorrechte der Erstgeburt (jus primae geniturae). Im eminenten Sinne oder politischen ist es hier das Recht unter gewissen vorausgesetzten Bedingungen dem Vater in dem Familienrechte zu folgen.

Dieses Recht ist rein genommen positiv, hat aber seinen natürlichen Grund darin, daß der Erstgeborne zuerst mündig, demnach auch zuerst fähig wird, seine Familienangelegenheiten zu leiten.

Diesem Erstlingsrechte aber kann jeder Ältere zu Gunsten des Jüngeren entsagen, so zwar, daß der Drittgeborne und so weiter mit Einwilligung der älteren Brüder die Rechte auf die Geschlechtsstelle des Vaters erwirbt.

Dieses zuletzt gedachten Rechtes können auch jene natürlichen Söhne theilhaftig werden, die durch nachher erfolgte Verehelichung ihrer Eltern in die Familie erst eingetreten sind, als schon andere in der inzwischen bestandenen Ehe erzeugte Kinder als Anwärter zur Familienstelle die Eigenschaft bereits erworben haben, weil sie, wenngleich außer der Ehe erzeugt, gleichwohl die Rechte der ehelichen Geburt besitzen und diese Stelle des Gesetzes diese Gattung Kinder nicht absolut, sondern nur, wie schon in dieser Auslegung früher gesagt wurde, relativ von der gesetzlichen Anwartschaft auf die Geschlechtsstelle des Vaters ausschließt.

Diese Übertragung der Geburtsrechte findet unter Brüdern jedoch nur bey den gesetzlichen Anwärtern, nicht aber auch bey jenen Bewerbern Statt, die in Ermanglung einer ehelichen männlichen Nachkommenschaft nach dem Absterben eines Familianten zu der erledigten Stelle durch den weitern Context der §§. 2, 3 u. 4 dieses Gesetzes berufen werden.

Bei den gesetzlichen Anwärtern wird bey der Übertragung der Rechte des älteren Bruders an den Jüngeren, die brüderliche Liebe als Motiv vorausgesetzt, dagegen die andern Bewerber in der Übertragung ihrer Rechte durch den Einfluß von Eigennutz leicht geleitet werden könnten, welchem der Gesetzgeber in dem Inhalte des §. 15 gehörige Schranken setzt; darum ist dieses Befugniß bey dem §. 1 eingereiht, und bey den nachfolgenden §§. 2, 3 und 4 übergangen. Wenn man erwägt, daß das Gesetz in dieser Stelle vorzugsweise den Älteren zur Familienstelle beruft und ihm erlaubt seine Rechte an den jüngern Bruder zu übertragen, so setzt es offenbar voraus, daß der Ältere die im §. 7 bestimmten Erfordernisse zur Erlangung einer Familienstelle besitzt, weil er im Widrigen von der Erlangung einer Geschlechtsstelle ausgeschlossen ist. Da der zu einer Familienstelle Unfähige nie die Rechte eines

Anwärters erlangen kann, so kann er sie auch an Niemanden Andern übertragen. Offenbar erlöschen mit der Unfähigkeit des älteren Sohnes zur Erlangung einer Geschlechtsstelle die Rechte der jüngern Brüder, weil er unfähig ist, diejenigen Bedingungen zu erfüllen, unter welchen ihm das Gesetz die Anwartschaft nach dem verstorbenen Vater zuerkennt. Der Unfähige hat kein Recht auf eine Anwartschaft, mithin kann er dasselbe an seine Brüder nicht übertragen.

Aus dem Gesagten fließet klar, daß im Falle der älteste Sohn des gestorbenen Familianten unfähig ist, eine Familienstelle zu erlangen, die im §§. 2, 3 und 4 bezeichneten Geschlechtswerber in die erledigte Familienstelle einrücken.

Sobald nun aber der gesetzliche Anwärter an einen der jüngeren Brüder seine Rechte auf die Familienstelle übertragen hat, so ist er für immer von aller weiteren Bewerbung um eine Familienstelle ausgeschlossen.

Der Ausdruck in diesem Theile der Anordnung: „für immer“ und „von aller“ zeigt den absoluten Verlust des Rechtes des Anwärters auf eine Familienstelle nicht nur für die einheimische, sondern auch für jede andere Gemeinde des Landes Mähren, für welche Provinz dieses Gesetz erlassen worden ist.

Diese Anordnung des Gesetzes ist so ausnahmslos, daß selbst dann, wenn derjenige, an den die Anwartschaft abgetreten war, vor dem Antritte der Familienstelle stürbe, dem älteren Bruder die Wiedereinsetzung in seine durch das Gesetz ihm verliehenen Rechte nicht gestattet wird.

Kann aber der zweitgeborne Bruder, dem sein erstgeborner Bruder die Familienrechte der gesetzlichen Anwartschaft überließ, und aus dem Mangel der Erfordernisse zu dem Besitz einer Geschlechtsstelle nicht zugelassen ward, oder aus den im §. 16. dieses **Circulars angezeigten begangenen ahndungswürdigen Handlungen den Anspruch auf eine jüdische Familienstelle erst nachher verwirkt hatte, das abgetretene Recht an den älteren Bruder wieder zurücklegen?**

Dieser Rückerlag findet nicht Statt, weil der Ausdruck: „für immer“ und „von aller“ dem Anwärter jeden wie immer Namen habenden Vorwand, um zu der Wiedereinsetzung in die vorigen Rechte zu gelangen, verschließt.

Die Übertragung der Rechte auf eine Familienstelle ist die Wirkung der freyen und selbstständigen Willensthätigkeit des älteren Bruders, dessen Absicht nur durch zufällige Ereignisse, wie z. B. durch den Tod, oder aber durch ein Verschulden des jüngeren Bruders vereitelt werden kann; erstere Folgen treffen nach dem §. 1311 des a. b. G. B. denjenigen, in dess'n Person er sich ereignete, für letzteres aber hat der schuldige Theil, der doch nicht der Mitbewerber, das heißt, die andern Geschlechtswerber in der Gemeinde, ist, zu büßen.

Zwey Fälle sind hier noch zu erörtern, die häufig in der Praxis vorkommen, ohne daß selbe in dem vorliegenden Gesetze eine ausdrückliche Entscheidung finden, nähmlich: haben a) Vormünder das Recht im Namen des ihnen anvertrauten minorennen Anwärters seine Familienstelle an einen seiner Brüder zu übertragen? — und haben b) nach einem in der Minderjährigkeit verstorbenen Anwärter, dessen Familienstelle ein Stellvertreter inne hat, dessen ihn überlebende jüngere Brüder das Recht der Nachfolge?

Ad a. Das Recht der Nachfolge ist wie jedes andere Personenrecht, bey dem Mangel der Jahre oder Gebrechen des Geistes oder andern Verhältnissen des Anwärters durch dessen Vormund oder Curator nach dem Gesetze auszuüben, gestattet.

Auch übergeht

Ad b. nach dem in der Minderjährigkeit verstorbenen Anwärter das Recht der Nachfolge aus dem Grunde auf seinen jüngern Bruder, weil der durch einen Stellvertreter in der Geschlechtsstelle des Vaters vertretene Pflegbefohlene, die Familienstelle eigentlich nicht angetreten hat, mithin das zum Schutze der Nachfolge gesetzlicher Anwärter erlassene Gesetz ohne Anwendung ist.

5. In der Regel ist das Alter für einen Familienwerber in dem §. VII und VIII des Patents auf 24 Jahre festgesetzt, welches nach dem §. 21 des a. b. G. B. überhaupt die Epoche der Groß- und Volljährigkeit eines österreichischen Staatsbürgers ist.

Ist jedoch der gesetzliche Anwärter unter 20 Jahren, so muß ihm die Familienstelle des Vaters bis zu dem gesetzlichen Zeitpuncte vorbehalten werden.

Aus dem Inhalte dieser Vorschrift ergibt sich:

a. daß jedes, mithin auch das Kindesalter, den Sohn des verstorbenen Familianten berechtigt, die Anwartschaft auf die Familienstelle des Letzteren in Anspruch zu nehmen, und

b. daß selbst ungeborne Knaben des verstorbenen Familianten von dem Zeitpunct ihrer Empfängniß an, als gesetzliche Anwärter zu der Familienstelle des Vaters gerechnet werden, weil nach dem Inhalte des §. 22 des a. b. G. B. derley Kinder, in so weit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, als Geborne angesehen werden.

Das Circular in seiner Verbindung mit dem vaterländischen Civilrechte dehnt hier seine Sorge sogar auf solche Nachkommen des verstorbenen Familianten aus, die noch nicht empfangen sind, damit die für sie bestimmten Rechte nicht vereitelt werden, zu dem Ende in dem §. 274 des a. b G. B. weiter verordnet ist, daß für eine bereits vorhandene Leibesfrucht ein Sachwalter aufgestellt werden muß, damit für diese ungebornen, aber bereits erzeugten Kinder als rechtsfähige Wesen in Bezug auf die Rechte der Anwartschaft zu der Familienstelle nach dem verstorbenen Vater das Nöthige veranlaßt wird. Dagegen aber sind

c. rasende, blödsinnige und wahnsinnige Kinder eines verstorbenen Familianten von der gesetzlichen Anwartschaft ausgeschlossen, weil das Gesetz durch die Bestimmung des Alters von 20 und 24 Jahren für den Antritt einer Familienstelle zu erkennen gibt, daß selbes bey einem Geschlechtswerber Verstand, Urtheilskraft und Begehrungsvermögen voraussetzt, ohne welchen geistigen Kräften eine Selbstständigkeit und ohne diese ein Familienhaupt nicht denkbar ist.

Körperliche Verstümmlung, eine mit Gefahr der Ansteckung verbundene Krankheit, ja selbst die Zwitterhaftigkeit kann das Recht der Anwartschaft nicht vernichten; wenigstens ist in dem Inhalte des vorliegenden Gesetzes dieses Übels als Hemmniß vermuthlich aus dem Grunde nicht gedacht, weil die mit einer Familienstelle betheilten Juden nach dem Hofdecrete ddo. 16. May 1806 keineswegs zum Heirathen verpflichtet sind. Die übrigen Erfordernisse des gesetzlichen Anwärters werden bey Gelegenheit der Erklärung des §. 7 bezeichnet werden.

§. 2.

Erst dann, wenn der verstorbene Familiant keine geeignete männliche Nachkommenschaft hinterläßt, wird die erledigte Geschlechtsstelle durch männliche Individuen aus andern Familien besetzt.

Nach dem Inhalte dieses Paragraphes werden die überzähligen Familianten allen andern Competenten bey Erledigung einer derley Familienstelle vorgezogen, und sonach bey dieser Gelegenheit in die bestimmte Zahl der Familianten eingereiht.

Diese überzähligen Familanten entstehen:

a. durch eine besondere Gunst des Mornarchen, dann

b. wenn der gesetzliche Anwärter durch die Jugend gehindert ist, die ihm vorbehaltene Familienstelle anzutreten; daher ein anderer dessen Stelle vertritt.

Die auf diese Art entstandnen Familianten nennt man auch „Einstler," wenn der gesetzliche Anwärter die Familienstelle bereits in der Zwischenzeit angetreten hat, oder wie sich hier das Gesetz ausdrückt: „Überzählige Familianten," oder wie schon gesagt, Stellvertreter, wenn der gesetzliche Anwärter in die erledigte Stelle seines verstorbenen Vaters noch nicht eingetreten ist.

§. 3.

Sind bey dem ohne männliche Nachkommenschaft erfolgten Ableben eines jüdischen Familianten keine überzähligen Familenoberhäupter vorhanden, so haben auf dessen Geschlechtsstelle Ansprüche:

1. die ehelichen erstgebornen Söhne der systemmäßigen Familianten, dann in Ermanglung derselben

2. jene erstgebornen Söhne der Überzähligen.

Der Inhalt dieses Paragraphes beschäftigt sich mit den Rechten auf Geschlechtsstellen der Erstgebornen systemisirten und überzähligen Familianten.

Bey den Letzteren setzt das Gesetz offenbar voraus, daß ihre Ältern nicht mehr am Leben, im Widrigen selbe mit Übergehung ihrer Söhne in die erledigte Stelle nach dem Wortlaute des vorhergehenden Paragraphes einrücken müßten.

Übrigens ist hier nach dem §. 161 des a. b. G. B. der wichtige Unterschied zwischen jenen Kindern zu bemerken, welche zwar

außer der Ehe geboren und durch die nachher erfolgte Verehlichung ihrer Ältern in die Familie als eheliche Söhne erst eingetreten sind, ohne daß sie jedoch den in einer inzwischen bestandenen Ehe erzeugten ehelichen Kindern die Eigenschaft der Erstgeburt streitig machen dürfen.

Welche Kinder als ehelich und unehelich zu halten sind, und auf welche Weise uneheliche Kinder die Legitimation erlangen, ist hier nicht zu erörtern, indem hierüber in dem 3. Hauptstück des b. G. B. die Vorschriften bündig und klar entwickelt sind.

Der ältere Erstgeborne sowohl der systemmäßigen gleichwie der überzähligen Familianten ist dem Jüngeren bey Vertheilung der Geschlechtsstelle vorzuziehen, wenn keiner unter ihnen durch Eigenschaften hervorragt.

Eigenschaft (attributum) ist alles, was einem Dinge zugeeignet ist oder wird, wie z. B. dem Menschen die Vernünftigkeit. Logisch betrachtet heißen Eigenschaften auch Merkmahle oder Bestimmungen eines Dinges. Sie werden eingetheilt in wesentliche oder nothwendige und außerwesentliche oder zufällige. Jene gehören zu dem Wesen des Dinges, diese nicht, und können also da seyn oder wegfallen. So ist die Vernünftigkeit des Menschen eine wesentliche; die Kenntniß aber im Fache der Strategie oder Öconomie eine zufällige oder außerwesentliche Eigenschaft, von welcher hier in dieser Stelle des Gesetzes allein die Rede ist, indem die wesentlichen oder nothwendigen Eigenschaften gemeinsame Merkmahle (notae seu characteres) eines Menschen sind. So ist z. B. die Endlichkeit eine gemeinsame Eigenschaft des Menschen.

Aus dieser Darstellung des Begriffes der Eigenschaften im Sinne dieses Gesetzes ergibt sich, daß hier jene Erstgebornen den Andern vorzuziehen sind, die ihre geistigen Anlagen, Fähigkeiten und Kräfte durch Entwicklung und Ausbildung auf einen Grad gesteigert haben, daß sie durch gewisse Kenntnisse, Fertigkeiten und Geschicklichkeiten unter ihren Mitbewerbern gleichsam hervorragen.

Nach dieser vorausgeschickten Erklärung wird wohl Niemand Bedenken tragen den jüngern Doctor dem ältern Magister der Chirurgie, den jüngern Advocaten dem älteren Thalmudisten, den jüngeren Künstler dem ältern Handlungscommis; den jüngern Fabri-

kanten oder Großhändler dem älteren Specereihändler und wieder den Letzteren ohne Rücksicht auf dessen Alter, dem Kram- und Pinkeljuden bey Verleihung der Familienstelle den Vorzug einzuräumen.

Unverkennbar hat hier der Gesetzgeber dem innern über das äußere Vermögen den gerechten Vorzug eingeräumt, wohl erwägend, daß von der Ausbildung der Seelenkräfte aller Werth des äußeren Vermögens, das ist, des Geldes abhängt, indem dieses dem Hebräer und auch jedem andern Glaubensgenossen zu gar nichts dienen könnte, wenn er jenes nicht mitbesitzt.

Ein besonderes Übergewicht gibt jedoch das Gesetz nach dem §. 5 des Circulars

den Schullehrern, die bey einer deutsch-jüdischen Schule angestellt sind;

jenen Juden, welche die militärische Capitulationszeit in der österreichischen Armee zurückgelegt haben.

den Juden, die sich dem Feldbau widmen, über die Andern in der Art, daß sie als Erstgeborne der systemmäßigen Familianten den anderen Erstgebornen ohne Rücksicht auf die noch so ausgezeichneten Eigenschaften (attributa) der Anderen den Letzteren vorzuziehen sind. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß von israelitischen Real- und Patentalinvaliden, die vor der Capitulationszeit von 14 Jahren aus dem Wehrstande austreten, ihre militärische Dienstzeit als hervorragendes Motiv unter den Geschlechtswerbern mit Erfolg keine Anwendung findet, und daß das Gubernialdecret vom 2. September 1814 Z. 17800, nach welchem Nichtfamilianten von der Pachtung der Dominicalgründe ausgeschlossen sind, durch diese Verordnung aufgehoben ist, weil es sonst den Familienwerbern unmöglich wäre, durch die Verwendung beym Feldbaue sich jenes hier in c. bezeichnete Verdienst zu erwerben, welches ihnen über die Andern in der Würdigkeit für eine Geschlechtsstelle ein Übergewicht verschafft.

Concurriren von dieser Cathegorie mehrere um eine Geschlechtsstelle, so hat der Schullehrer vor dem Soldaten und dieser vor dem Oconomen aus dem Grunde den Vorzug, weil das Gesetz in dieser Reihenfolge die Candidaten stellt, und man nicht annehmen kann, daß der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund diese Eintheilung

pflegte. Sind aber mehrere Bewerber von ganz gleicher Beschäftigung, nämlich z. B. ausgediente Capitulanten vorhanden; so verleiht nach dem oben aufgestellten Grundsatz, daß bey gleichen Eigenschaften das Alter über die Würdigkeit der Nachfolge entscheidet, das höhere Alter über den Jüngern den Vorzug auf die Familienstelle.

§. 4.

Sind bey dem Ableben eines Familianten weder gesetzliche Anwärter, noch erstgeborne Söhne anderer systemmäßiger oder überzähligen Familianten vorhanden, so können die Nachgebornen einer Gemeinde, das ist die Zweyt- und Drittgebornen u. s. w. Ansprüche auf die erledigte Geschlechtsstelle machen.

Das Gesetz subsumirt hier diese Classe von Geschlechtswerbern unter der allgemeinen Benennung der Nachgebornen, hebt allen Unterschied der Geburtsrechte zwischen ihnen auf und stellt dadurch alle, d. i. den Zweyt- und Drittgebornen u. s. w in Ansehung seiner Rechte auf eine Familie in eine und dieselbe Reihe.

Um nun auf eine erleuchtende Weise ersichtlich zu machen, in welcher Ordnung diese Nachgebornen nach dem Gesetze in die erledigte Geschlechtsstelle einzurücken haben, müssen die Normen des Inhaltes des §. 5. und 7 sub litera cc. dieses Patents hier in dieser Erklärung anticipatim aufgenommen werden.

Unter dieser Rücksichtsnahme genießen wieder die Nachgebornen folgende Reihenfolge in ihren Rechten auf Familienstellen:

1. Allen andern Bewerbern dieser Categorie ohne Rücksicht anf das hervorstechende innere Vermögen, Reichthum, Alter und Geburt gehen vor, die an einer deutsch- jüdischen Schulanstalt angestellten Lehrer, die, welche sich dem Feldbaue widmen, oder welche die militärische Capitulationszeit in der österreichischen Armee zurückgelegt haben.

Ist nun unter den nachgebornen Competenten kein solches durch das Gesetz begünstigte Individuum vorhanden, so kommen :

2. Die Eigenschaften der übrigen nachgebornen Competenten in genaue Erwägung, und denjenigen verleiht das Gesetz, wie schon bei Gelegenheit der Auseinandersetzung der Rechte der Erstgebornen gesagt war, einen Vorzug vor den Andern, die ihre geisti-

gen Anlagen, Fähigkeiten und Kräfte durch Entwicklung und Ausbildung auf einen Grad gesteigert haben, daß sie durch gewisse Kenntnisse und Fertigkeiten unter ihren Mitwerbern gleichsam hervorragen.

Ist jedoch kein Individuum in der Gemeinde unter den nachgebornen Competenten vorhanden, das durch die Entwickelung seiner geistigen Kräfte über die Mitbewerber sich emporgeschwungen hätte, oder stehen sie in ihrer Ausbildung alle auf gleicher Höhe der Ansichten, so hat nach dem §. 7 litt. oo. derjenige den Vorzug vor dem Andern, den der Zufall oder sein Genie durch Glücksgüter (Vermögen) reichlicher, als die Übrigen ausstattete.

Das Gesetz getreu den Principien, daß die Ausbildung der geistigen Kräfte der Israeliten der Regierung am meisten am Herzen liegt, nimmt nur in jenem Falle auf das Vermögen der Competenten Rücksicht, wenn in der Ausbildung der Fähigkeiten der Competenten kein Unterschied wahrzunehmen ist.

Unter den Nachgebornen kann jedoch ein Drittgeborner, dessen erst- und zweitgeborner Bruder bereits eine Familienstelle besitzt, letztere nur unter besonders rücksichtswürdigen Verhältnissen erlangen.

Dem Begriffe rücksichtswürdige Verhältnisse liegt ein tief verborgener Sinn zu Grunde. Verhältnisse heißen hier jene Vorstellungen, welche die Beziehungen eines nachgebornen Geschlechtswerbers zum Anderen bezeichnen. Das Adjectivum berücksichtigungswürdige dient nur zur Vervollständigung des Verhältnißbegriffes.

Das Verhältniß eines nachgebornen Geschlechtswerbers erscheint aus seiner Gemeinnützigkeit für Andere rücksichswürdig und der drittgeborne Geschlechtswerber kann sich des Sieges über die andern Nachgebornen auf eine erledigte Geschlechtsstelle nur dann erfreuen, wenn seine Verhältnisse in Beziehung auf die Andern als besonders rücksichtswürdig, mithin im hohen Grade gemeinnützig erscheinen.

Der Gesetzgeber setzte das Bei- oder Beschaffenheitswort rücksichtswürdig durch das angefügte Nebenwort besonders auf den Superlativ, wodurch er anzeigt, daß die Gemeinnützigkeit des Dritt- oder Viertgebornen den nachgebornen Mitbewerbern gegenüber als sublim und eminent dargestellt seyn muß, wenn seine Ansprüche auf die erledigte Geschlechtsstelle Eingang finden sollen.

Aus der Vorstellung des Begriffes eines Verhältnisses, welche die Beziehung des Drittgebornen zu den andern Nachgebornen ausspricht, ergibt sich, daß ein solcher Drittgeborner nur dann zu einer Familienstelle gelangt, wenn mehrere nachgeborne Bewerber um die erledigte Familienstelle gelangt, wenn mehrere nachgeborne Bewerber um die erledigte Geschlechtsstelle zugleich mit ihm als Competenten auftreten; und daß daher, wenn er bloß allein als Competent da stünde, der Geist dieses Gesetzes Anwendung hier nicht fände, indem seine Beziehung mit Andern keine Beurtheilung, mithin seine Verhältnisse keine Berücksichtigung finden könnten, sondern in einem solchen Falle müßten nach dem Inhalte der Gubernialverordnung vom 28. Februar 1832 Zahl 3623 die fähigen Nachgebornen einer fremden Judengemeinde mit den in Frage stehenden Drittgebornen in ein Verhältniß gestellt, und aus selben das Resultat abgeleitet werden, welcher aus ihren besonders rücksichtswürdig erscheint.

§. 5.

In diesem Absatze spricht das Gesetz, wie bereits gesagt, seine besondere Gunst aus:

1. Für den jüdischen Lehrer einer Gemeinde, welcher in einer deutsch-israelitischen Schule die Kinder der Familianten bildet und daraus seinen Lebensberuf macht.

2. Für den Competenten, welcher nach dem Normale vom 18. Mai 1811 die vierzehnjährige Capitulationszeit in der österreichischen Armee zurückgelegt hat.

3. Für jene, die sich dem Feldbaue widmen, darunter versteht man aber nur solche, die wirklich ausübende Landwirthe sind, und daher mit der Cultur des Bodens dem Getreidebau in der weitesten Bedeutung, den Futterbau mit Einbegriff der Wiesencultur und der Viehzucht wirklich vertraut sind, indem die Absicht des Gesetzgebers dahin geht, die Talente der Juden von dem Geschäfte des Hausierhandels ab-, und der nützlichen Cultur des Bodens zuzuwenden.

Der auffallendste Zug des Juden ist, seine Überlegenheit im Handel über andere Glaubensgenossen.

Vom zartesten Alter an widmet er sich diesem Geschäfte, kaum kann der Knabe lesen und schreiben, so handelt er schon mit allen

möglichen Sachen. Sein erster Klang, der zu seinem Ohre dringt, ist der des Geldes, die erste Stimme, die er vernimmt, ist die des Interesses.

Mit der Muttermilch saugt er schon gewissermaßen die Lust zum Handel (Tschacher) ein, die ersten Eindrücke, die das Kind empfängt, scheinen es zu überzeugen, daß der Handel das Einzige sey, der für dasselbe paßt. Der Gesetzgeber hält es daher für seine Pflicht, die Juden durch diese Begünstigung zum Geschäfte des Ackerbaues aufzumuntern.

Aus dem Sinne und der Wortfügung dieser Gesetzstelle fließt logisch von selbst

a. daß diese Gunst des Gesetzes das Recht der Erstgeburt nicht verdrängt, und daß daher ein derley begünstigter Zweytgeborner, dem ohne dieser verdienstlichen Beschäftigung oder Standeswahl competirenden Erstgebornen bey Besetzung einer erledigten Geschlechtsstelle nicht vorzuziehen sey und daß ferner

b. ein Drittgeborner, wenn er seine Kräfte auf diese gemeinnützige Weise verwendet, gegen andere Nachgeborne, welche diese Vorzüge nicht besitzen, auch damahls, besonders dieser Verhältnisse wegen zu berücksichtigen sey; wenn auch schon sein erst- und zweytgeborner Bruder eine Familienstelle erlangte.

§. 6.

Hier in diesem Paragraphe werden die Fälle bezeichnet, wann sogenannte Nachgeborne das Recht der Erstgeburt erwerben. Diese sind:

1. wenn der ältere Bruder vor Erlangung einer Familienstelle stirbt.

In so lange die Zuerkennung einer Familienstelle im Zuge der Verhandlung steht, kann der Tod des älteren Bruders dem Nachgebornen die Rechte der Erstgeburt verschaffen.

Diese Erwerbungsart erlischt in der Regel mit dem Tage, als die Entscheidung des Kreisamtes, der Landesstelle oder Hofstelle, wodurch der ältere Bruder zum Besitzer einer Familienstelle gelangte, in Rechtskraft übergangen ist.

Von dieser Regel sind, wie schon gesagt, ausgenommen, die

gesetzlichen Anwärter, deren älterer mit einer Familienstelle betheilter Bruder vor dem Vater ohne eheliche Söhne starb. Würde man diese Auslegung nicht gelten lassen, so gäbe es für die gesetzliche Anwartschaft nach dem verstorbenen Vater keinen selbe rechtfertigenden Grund. Die Absicht des Gesetzgebers ist offenbar auf die Fortpflanzung des Familienoberhauptes aus dem Grunde gerichtet, weil bey dem in 12 Stämme getheilten Judenthum diese Absonderung zu erhalten, einen Theil des positiven Elementes ihrer Religion ausmacht.

Da auch die Fortpflanzung des verstorbenen mit einer Familienstelle begabten Sohnes dann nicht erreicht wird, wenn er bloß Töchter und keine ehelichen Söhne hinterließ, so bleibt auch in diesem Falle dem Bruder die Anwartschaft als ein unantastbares Recht offen.

Anders verhält es sich bey den Söhnen jener Väter, die mit Andern um eine Familienstelle concurriren. Diese bewerben sich entweder bey Lebzeiten ihres Vaters um eine Familienstelle, oder nach dem Tode des Letzteren. Im ersten Falle lebt noch der Stammhalter, im letzteren Falle treten sie als Anwärter auf. Nur auf diese Weise ausgelegt steht der Inhalt des §. 1 mit jenem im §. 6 in einer klaren Verbindung. In dem §. 1 wird gesagt, daß die Anwartschaft damahls eintritt, wenn bey dem Absterben eines jüdischen Familianten keiner seiner ehelichen Söhne eine Familienstelle besitze, mithin auch damahls, wenn der mit einer Familienstelle begabte Bruder ohne eheliche männliche Descendenz inzwischen starb.

In dem §. 6 jedoch erwirbt der Nachgeborne nur dann das Recht der Erstgeburt, wenn der Ältere vor Erlangung einer Familienstelle starb. Der wahre Sinn des gesetzlichen Inhaltes des §. 1 dieses Patents ergibt sich erst, wenn man damit die Worte des §. 6 grammatisch vergleicht, woraus fließt, daß die durch den Tod eines Bruders entstehenden Rechte bey der gesetzlichen Anwartschaft von jenen verschieden sind, die das Recht der Erstgeburt zur Folge haben.

Geschieht die Auswanderung mit Bewilligung, so beruht das Recht des Nachgebornen zur Erstgeburt auf dem Emigrationsconsense für den ausgewanderten erstgebornen Bruder. Diese Urkunde

geht nach dem a. h. Auswanderungspatente vom 24. März 1832 von der betreffenden Landesstelle aus.

Geschieht aber der Übertritt in einen auswärtigen Staat, ohne vorläufiger Bewirkung dieser Urkunde, dann ist der ledige Jude entweder als ein unbefugt Abwesender oder Auswanderer zu behandeln.

Ist der erstgeborne Bruder bloß unbefugt abwesend, so kann dieser Umstand dem nachgebornen Bruder die Rechte der Erstgeburt nicht versichern, weil der Abwesende zurückkehren und seine Abwesenheit legal rechtfertigen und mithin dadurch seine Geburts- und Familienrechte wieder in Anspruch nehmen kann, daher auch hier in diesem Paragraphe von dieser Abwesenheit als Grund zur Erwerbung von Familienrechten gar nicht die Rede ist.

Die heimliche Auswanderung des älteren Bruders muß der Nachgeborne nach dem citirten a. h. Auswanderungspatente durch ein von der Civilinstanz ausgehendes rechtskräftiges Auswanderungs-Urtheil erweisen, auf Grundlage dessen ihm das Erstgeburtsrecht ohne Anstand zuerkannt wird. Bey dieser Gelegenheit kann man nicht unberührt lassen, daß das hier citirte Auswanderungspatent auf Judenfamilianten theilweise darum keine Anwendung findet, weil selbe, wenn sie durch 3 Monathe wegen ihrer Abwesenheit die Steuer nicht entrichten, aus der Familienzahl gestrichen werden, während dem das Auswanderungspatent dem rückkehrenden Staatsbürger die Rechtfertigung seiner Abwesenheit und die Einsetzung in seine vorigen Rechte gestattet.

3. Wenn der ältere Bruder die Religion ändert.

Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, zu welcher Religion der Neophyt übergegangen ist, was als ein Ergebniß unseres, aus dem Geiste der Zeit hervorgegangenen Toleranzpatentes zu betrachten ist. Der nachgeborne Bruder, der dem andere Religionsgrundsätze verfolgenden Bruder in der Erstgeburt nachrücken will, muß des Letzteren Religionsveränderung durch eine vollen Glauben verdienende und von jenen Genossen ausgestellte Urkunde nachweisen, zu deren Grundsätzen er sich neuerlich bekennt; nähmlich als Katholik durch den Taufschein; als Christ neben dem Letzteren auch noch durch das Zeugniß des abgelegten Glaubensbekenntnisses, auf Grundlage dessen er die Rechte der Erstgeburt erlangt.

In allen diesen Fällen erlangt ein Nachgeborner nicht nur die Rechte der Erstgeburt, sondern auch jene der gesetzlichen Anwartschaft.

§. 7.

Zur Erlangung einer Familienstelle erfordert das Gesetz

ad a) das zurückgelegte 24. Jahr des Familienwerbers.

Vielfältige Erscheinungen und Erfahrungen lassen vermuthen, daß beynahe jeder Mensch mit dem 24ten Lebensjahre die Kinderschuhe ausgezogen, in die zweyte Lebensperiode eintritt, und so einer männlichen Selbstbeherrschung fähig wird. Darauf gründet sich die Großjährigkeitserklärung eines österreichischen Staatsbürgers nach den §§. 172 und 261 des a. b. G. B. bey seinen erreichten 24 Lebensjahren, mit der die positive Anwendung dieses vorliegenden Gesetzes in einem natürlichen Zusammenhange steht.

Die allgemeine Vorschrift dieses Gesetzes über die mit 24 Jahren erreichte Großjährigkeit beruht, wie gesagt, auf einer, aus dem gewöhnlichen Laufe der Natur abgezogenen Vermuthung, die bey den unendlichen Abstufungen in der geistigen Entwickelung des Menschen unstreitig zahlreiche Ausnahmsfälle zuläßt, in Folge dessen dem §. 252 des a. b. G. B. nach, durch die, vermittelst ertheilter Nachsicht rechtlich angenommenen Volljährigkeit auch manche Menschen nach zurückgelegtem 20. Lebensjahre für selbstständig erklärt werden. Diese Altersnachsicht kann hier nach dem vorliegenden Circulare §. 8 auch dem gesetzlichen Anwärter von der Landesstelle verliehen werden, aus dem zu ersehen ist, daß die Bestimmung dieses Patents, so wie des Gesetzbuches aus gleichen Principien fließen.

Ob aber einem Erst- oder Nachgebornen, der zu Folge §§. 174 und 252 des a. b. G. B., dann des Hofkanzlei-Decretes vom 24. Juli 1835 durch die Altersnachsicht vor erreichtem 24. Lebensjahre vom Civilrichter für volljährig erklärt worden ist, eine Familienstelle zuerkannt werden darf, ist in diesem Absatze des Gesetzes nicht gesagt.

Allein dieser Fall ist hier schon durch den klaren Buchstaben des Gesetzes auf eine so faßliche Art entschieden, daß hier das subsidiarische Vernunftscodex oder die Analogie mit anderen gesetzlichen

Vorschriften keine Anwendung findet; indem das positive Gesetz, welches für den Competenten das Alter von 24 Jahren vorschreibt, durch die Auslegung nicht umgangen, noch weniger aber aus einem allgemeinen Princip des a. b. G. B. eine den Buchstaben des Gesetzes verlängernde Bestimmung abgeleitet werden darf.

Der Beweis über dieses durch das Gesetz bedingte Alter wird nur durch ein, aus dem Geburts- und Beschneidungsbuche ausgezogenes, vom Rabbiner und Gemeindevorstande ausgestelltes, und von der Obrigkeit über die vorausgegangene Einsicht in diese öffentliche Urkunde bestätigtes Zeugniß hergestellt. Ist ein solcher Auszug aus was immer für einem Grunde unmöglich, so muß ein Familienwerber, wenn er das Kreisamt über sein zurückgelegtes 24tes Lebensjahr durch andere Beweismittel überzeugen will, in Folge höchster Entschließung vom 22. December 1826 Z. 2242 dazu die Dispens der Landesstelle erhalten. Ohne dieser sind alle Bestätigungen der Beschneider, Beglaubten und anderer Zeugen nichts anderes als der Deckel von gesetzlichen Unzukömmlichkeiten, die bey einer öffentlichen Behörde keinen Glauben finden können.

ad b) Die Sicherstellung der dreyjährigen landesfürstlichen und Gemeindeumlage geschieht

1. Durch ein Geld-Depositum zur Ortsobrigkeit in jener Betragshöhe, welche auf den geringsten Contribuenten in der Gemeinde im Laufe des Jahres an landesfürstlicher und Gemeindumlage mit der Zahl 3 multiplicirt entfällt, wobey es sich von selbst versteht, daß die größere Steuer, die nach der rechtskräftigen Verleihung der Familienstelle auf den neuen Familianten entfällt, der Letztere zu tragen, das ist, den allenfälligen Abgang zu ergänzen verbunden ist. Diese Art Sicherstellung der dreyjährigen Steueranlage ist einfach, nicht kostspielig und daher in Praxi nicht gewöhnlich. Eigentlich ist hier aber jene Sicherstellung gebothen, die der §. 1373 und 1374 des a. b. G. B. vorschreibt, indem in der Instruction für die Wirthschaftsämter, wie sich bey der Prüfungscommission mit den Familienwerbern zu benehmen sey, hinsichtlich der Sicherstellungsmittel der dreyjährigen Steueranlage gesagt wird, daß sich nach jenen allgemeinen Grundsätzen zu benehmen sey, welche die gesetzliche Gewähr für hinreichende Zahlungskräfte über-

haupt verbürgen. Offenbar werden die eben citirten Vorschriften des a. b. G. B. hier gemeint.

Dagegen aber sagt diese Information hinsichtlich der eingelegten Barschaften, verzinslichen Obligationen, Zahlungsdocumenten, Pfandbriefen, Cautionen, hypothekarischen Bürgschaftsinstrumenten weiter, daß selbe, in so weit sie die Bestimmung als Pfand zur Sicherstellung der Steuern nicht schon in sich enthalten, einer ihnen eigens beyzulegenden Widmungsurkunde bedürfen, so wie überhaupt einzulegende Cautionen nach den Gubernialerläſſen vom 31. October 1830 Nro. 35992 und vom 22. September 1831 Nro. 28320 zu beurtheilen sind, die mit den vorhergehenden aus dem a. b. G. B. entlehnten Bestimmungen eine und dieselbe Tendenz und Grundlage haben.

ad c) In dieser Stelle des Gesetzes wird der vorgeschriebene Beweis über das Vermögen des Geschlechtswerbers pr. 300 fl. C. M. behandelt.

Das Vermögen im Allgemeinen besteht in Dingen, die man entweder unmittelbar genießen oder gebrauchen, oder durch die man sich den Besitz solcher Lebensgüter verschaffen kann. Zu den Dingen der letzteren Art gehört vornehmlich das Geld, weil man dadurch alles Käufliche erlangen kann.

Das Vermögen, welches man entweder genießen oder gebrauchen kann, ist entweder beweglicher oder unbeweglicher Natur. Von dem Letzteren fordert hier das Gesetz von einem Competenten den Beweis über den Besitz eines Hauses oder eines Hausantheils im grundbücherlichen und beeideten Schätzungswerthe von 300 fl. C. M. nach Abzug der Kosten und Passiven.

Dieser Beweis wird hergestellt:

1. durch die Vorlegung eines Grund-Buch-Extractes, in welchem auf eine klare Weise das Bekenntniß der Realbehörde enthalten ist, daß der Familienwerber Eigenthümer dieses Hauses oder eines Hausantheils sey.

Ferner muß

2. entweder aus dem Inhalte des Grundbuchs-Auszuges oder aus einer besonders beyzubringenden Schätzungsurkunde der Werth dieses Reale ersichtlich seyn, indem nach dem Sinne dieses Gesetzes der grundbücherliche Preisanschlag oder Kaufschilling ei-

nes solchen Hauses über die Höhe seines Werthes keinen solchen Maßstab liefert, der die Behörden über den Besitz des Vermögens des Familienwerbers beruhigen könnte.

Endlich sind

3. von dem ausgewiesenen Schätzungswerthe des Hauses die Lasten und Passiven abzuziehen.

Bleibt nun nach Abschlag der Lasten und Passiven ein reiner Geldbetrag von 300 fl. C. M. dem Competenten übrig, so hat er das erforderliche Vermögen, um eine Geschlechtsstelle zu erlangen. Unter den Passiven versteht hier der Gesetzgeber das Recht eines Hypothekargläubigers aus dem Verkaufspreise der verpfändeten Realität seine auf dem Judenhause grundbücherlich einverleibte Geldforderung zu erlangen.

Ist bey den Passiven die Währung der Geldforderung im Grundbuchsauszuge ausdrücklich bestimmt, so unterliegt die Ausmittelung des Residual-Vermögens mittelst Abzug der Lasten und Passiven von dem Schätzungswerthe des Hauses keiner Schwierigkeit. Ist dieß aber nicht der Fall, so muß der ganze Zifferansatz ohne Rücksicht auf die, durch das Finanzpatent vom 20. Februar 1811 eingeführte Landeswährung oder der Conventions-Münze von dem Schätzungswerthe abgezogen werden, weil sich eine politische Behörde nicht einlassen kann, über die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Schuldner und Gläubiger mittelst Auslegung des zwischen ihnen bestehenden Darlehensvertrages, welche dem Civilrichter allein zusteht, zu entscheiden.

Unter Letzten versteht man hier Servituten, das heißt jenes Befugniß des Berechtigten, ein solches Judenhaus zu seinem Vortheile zu benützen. (§§. 472 und 473 des a. b. G. B.) Bey jeder Schätzung einer Realität ohne Ausnahme, diese möge von Amtswegen oder auf Begehren einer Parthey eingeleitet werden, muß dem abgeordneten Schätzungscommissär der Grundbuchsextract des zu schätzenden Judenhauses mit dem Auftrage zugestellt werden, daß die darauf haftenden Dienstbarkeiten und zwar jede insbesondere, abgeschätzt werden sollen. Die Schätzung zeigt der Behörde den wahren Werth des Judenhauses und auch den besonderen Geldanschlag der im Grundbuchsextracte ausgezeichneten Servituten, der sodann den Passiven gleich, von dem eigentlichen Schätzungswerthe

abgezogen wird, worauf sodann das Residual-Vermögen des Familienwerbers mit dem Ergebniß vorliegt, ob dasselbe die vorschriftsmäßige Höhe von 300 fl. C. M. ersteigt oder nicht.

Mit einem, in die politischen Verhältnisse der Juden tief eindringenden Blicke beschränkt hier der Gesetzgeber die Juden in den Erfordernissen zur Erlangung einer Familienstelle über das unbewegliche Vermögen auf den eigenthümlichen Erwerb von Häusern, weil die Juden, zu Folge Resolution vom 19. November 1636 und Hofrescript vom 20. Februar 1709 von unbeweglichen Sachen nur bloß sogenannte Judenhäuser, das ist, solche Häuser besitzen dürfen, welche schon von Alters her von ihnen besessen wurden. Zwar können die Juden auch noch außer ihren Häusern, Schulsesseln grundbücherlich erwerben, die auch für unbewegliches Vermögen angesehen werden; allein das Gesetz scheint diese Art von unbeweglichem Vermögen aus dem Grunde als kein solches gelten lassen zu wollen, was zur Erlangung einer Geschlechtsstelle erforderlich ist, weil eines Theils der Werth eines solchen Platzes in der Synagoge mehr idealisch als wirklich besteht, mithin durch christliche Schätzleute kaum mit Sicherheit sich bestimmen läßt; andern Theils aber ein derley Reale nicht geeignet ist, zur Erhaltung einer Familie wesentlich beyzutragen.

Aus der unendlichen Zahl der beweglichen Güter läßt hier die Verordnung als ein gesetzliches Vermögen des Competenten gelten

1. den Besitz eines solchen den Juden erlaubten Gewerbes, zu dessen Betriebe wenigstens ein Capital von 300 fl. C. M. nothwendig ist.

Gewerbe dieser Art sind: bey welchen zu ihrer Ausübung, das ist, zur mechanischen Umstaltung der gesammelten Feilschaften besondere Geräthe aus dem Gebiethe der Kunst und Mechanik hergeleitete Werkzeuge, die den oben entzifferten, gerichtlich erhobenen Werth haben; oder aber solche, bey welchen ein durch das Gesetz mittelst des Zifferansatzes festgesetzter, die obige Werthbestimmung übersteigender Fond, um die Befugniß dazu zu erlangen, nothwendig ist.

Endlich gilt weiter

2. die den Juden erlaubte Pachtung eines Bräu-, Branntwein-, Potaschenhauses, oder eines andern öffentlichen Gefälles oder

eines ähnlichen Nahrungszweiges, wenn zur Sicherstellung dieser Pachtung eine Caution ausgewiesen werden kann, die 300 fl. C. M. ersteigt, für ein legales Vermögen eines Familienwerbers, ohne daß hier gebothen ist, die gesetzliche Sicherheit der Cautionsleistung von 300 fl. C. M. auszumitteln, weil das Gesetz diese Vorsicht mit gutem Grunde dem Pachtübernehmer überlassen zu können glaubt.

Eben so darf sich der Familienwerber zum Beweise über das vorgeschriebene Vermögen

3. auf Activforderungen beziehen, wenn selbe wenigstens ein Jahr vor der Bewerbung auf den Nahmen des Competenten im Grundbuche eingetragen sind.

Auch hier fordert das Gesetz nicht den Beweis über die pragmaticale Sicherheit eines derley beweglichen Vermögens (§. 299 des a. b. G. B.), indem es auch hier dem Bewerber jenen Grund von Eigenliebe und Klugheit zumuthet, die der sichere Verkehr mit einem baren Vermögen erheischt.

Sobald Nachgeborne zu einer erledigten Geschlechtsstelle nach der Vorschrift des §. 4 dieser Verordnung berufen sind, so verleiht der größere Vermögensstand über den minder vermöglichen Bewerber unter folgenden Bedingungen das Übergewicht.

a) Wenn keine, im Sinne des §. 5 bezeichneten Competenten unter ihnen vorhanden sind, in welchem Falle diesen alle Andern weichen müssen; und endlich

b) wenn diese Nachgebornen gleiche Eigenschaften besitzen, mithin keiner unter ihnen durch Ausbildung seiner Fähigkeiten, sey es nun im Fache der Wissenschaft oder Kunst ausgezeichnet ist.

Bey den Erstgebornen entscheidet bey gleichen Eigenschaften das höhere Alter, bey Nachgebornen entscheidet bey gleichen Eigenschaften und wenn kein Bewerber im Sinne des §. 5 vorhanden ist, das größere Vermögen. Bey beyden wird die Ausbildung ihrer Fähigkeiten vorzugsweise begünstigt, und nur wenn diese gleich sind, entscheidet bey den Ersteren das Alter (als Ausfluß des Anciennitätsrechtes), bey Letzteren das Vermögen, um die Gemeinde steuerfähig zu erhalten.

Nachdem nun in den hier bezeichneten Fällen auch das höhere Vermögen als Berücksichtigungsgrund bey der Verleihung von Fa-

milienstellen an fäh'ge Competenten aufgenommen worden ist, so erheischt die Erhebung des Vermögensstandes jedes einzelnen Competenten bey der im §. 10 und 11 dieser Verordnung vorgeschriebenen Prüfungscommission große Vorsicht und eine nicht genug zu empfehlende Genauigkeit, wobey insbesondere zu merken ist, daß der Bewerber in seinem Vermögensausweise, in so weit er damit ein Übergewicht über seine Mitbewerber zu erlangen beabsichtigt, nicht auf die in diesem §. sub lit. c aufgeführten Beschränkungen gebunden ist, sondern, daß es ihm, wenn er einmahl das zur Erlangung einer Geschlechtsstelle legale Vermögen dargethan hat, erlaubt sey, die Commission auf jedes Vermögen aufmerksam zu machen, zu dessen Erwerb der Hebräer befugt ist, und dessen Eigenthümlichkeit zweifellos ist.

Dabey gelten folgende Grundsätze:

a) das bare Geld liefert nach der Analogie dieses Gesetzes keinen Beweis eines Vermögens; ebenso wenig aus gleichem Grunde.

b) Staatspapiere, in so ferne selbe nicht auf den Nahmen des Competenten lauten. Privatactivforderungen müssen aber

c) mit der Analogie dieser Vorschrift im Einklange, entweder ein Jahr vor der Bewerbung auf den Nahmen des Bewerbers grundbücherlich auf der Hypothek eingetragen, oder wenn das nicht der Fall ist, pragmatical sichergestellt seyn.

d) Handlungsfonde müssen deutlich und bestimmt angegeben und ihr Werth durch vom Gericht aus bestimmte und beeidete Schätzleute erhoben seyn.

ad d) Der Wille des Gesetzgebers spricht sich hier sehr klar dahin aus, daß der Unterricht der jüdischen Jugend in den deutschen Schulgegenständen, d. i. im Lesen, Schreiben und Rechnen das unentbehrlichste Bedürfniß der Israeliten sey, wenn die Absicht, sie in eine nützliche Classe von Staatsbürgern zu verwandeln, erreicht werden soll.

Aus diesem Beweggrund wird hier verordnet, daß jeder Competent durch ein legales Schulzeugniß sich ausweisen muß, wo er als Schüler, das ist zur Zeit seiner Jugend eine öffentliche Lehranstalt besuchte. Unter den Letzteren werden gemeint die deutschen, nach dem Muster der christlichen Normalschulen angelegten israelitischen Schulen in den Judengemeinden, dann die christlichen Tri-

vial-, Haupt- und Realschulen. In dem Zeugnisse muß die Lehranstalt, in welcher der Competent den deutschen Schulunterricht erlangte, demselben bestätigen, zu welcher Zeit er die Schule besuchte, in welchen Lehrgegenständen und mit welchem Erfolge er in selben unterrichtet worden sey.

Der Inhalt dieses Schulzeugnisses muß dem Gesagten zu Folge ersichtlich zu machen, daß der Bewerber aus den deutschen Schulgegenständen, das ist: Lesen, Schreiben und Rechnen mit gutem Fortgange classificirt sey, das heißt, daß am Ende des Schulzeugnisses angeschrieben steht, daß er die erste Classe erlangte, wobey bemerklich gemacht wird, daß nach Vorschrift der Schulverfassung im 7. Abschnitte zwey, höchstens drey mittelmäßige Noten, den Schüler der ersten Classe berauben. Diese Zeugnisse werden an Normal- und Hauptschulen, wo sich der Oberaufseher befindet, von dem Director und Oberaufseher, an den übrigen Hauptschulen von dem Director und einem Lehrer, bey den christlichen Trivialschulen von dem Schuldistrictsaufseher, bey jüdischen Schulen aber nebst dem Lehrer von der ortsobrigkeitlichen Amtsbehörde, das ist von jener politischen Obrigkeit, die über Ruhe, Ordnung und Sicherheit in der Judengemeinde zu wachen hat, rücksichtlich der Echtheit und Berechtigung zur Zeugnißausstellung unterzeichnet, weil nach dem Inhalte des Hofdecretes vom 9. Februar 1827 und der Gubernial-Intimation vom 10. März 1827 Z. 6292 dem Competenten um eine Familienstelle untersagt ist, sich die Schulzeugnisse von einer andern, als der betreffenden Schule ausstellen zu lassen.

Von der Beybringung solcher Schulzeugnisse sind nur solche Competenten befreyt, die Studienzeugnisse über den Besuch höheren öffentlichen Lehranstalten, das ist der Grammatical- und Humanitätsclassen, oder noch einer höheren wissenschaftlichen Bildungsanstalt im Inlande beyzubringen vermögen, die aber auch nur in jenem Falle mit Erfolg hier Anwendung finden, wenn nach selben gleichfalls aus den vorgetragenen Lehrgegenständen der Competent die Fortgangsclasse empfangen hat, weil ohne Fortgang keine Bildung, und ohne Letzterer die Absicht des Gesetzgebers nicht erreicht würde.

Daß eine erlangte academische Würde von der Beybringung

des Schutzzeugnisses über den deutschen Schulunterricht befreyt, ist Jedermann einleuchtend, und bedarf keines Commentars.

Diese gesetzliche Bestimmung hat mit dem Inhalte des Hofdecrets vom 15. April 1786, dann dem 23. Abschnitte der politischen Schulverfassung eine gleiche Tendenz, der zu Folge kein Jude getraut werden soll, der sich nicht über den, in einer öffentlichen Schule oder zu Hause empfangenen Unterricht in der deutschen Sprache mit Zeugnissen ausweiset.

Diejenigen, die sich dieser Anordnung zuwider trauen lassen, werden nach dem §. 252 des Gesetzbuches über schwere Polizeyübertretungen behandelt; diejenigen aber, die diese Trauung verrichtet haben, werden ihres Amtes entsetzt, und für unfähig erklärt, jemahls ein Amt zu bekleiden.

Diese Anordnung ist bis auf die in diesem Circulare angezeigten Modificationen im Unterrichte und Ausstellung der Prüfungszeugnisse in voller Kraft.

Nach dem Gubernialdecrete vom 16. Juny 1827 Z. 19462 muß selbst die Braut über den mit gutem Fortgange empfangenen Unterricht aus dem Lehrbuche **Bne-Zion** und aus den deutschen Schulgegenständen vor der Verehelichung sich ausweisen, im Widrigen von Seite der Kreisstelle der Eheconsens ihr nicht ertheilt wird, durch welche Bestimmungen in ihrer genauen Verbindung mit den andern Vorschriften, die Bildung der Juden auf einen höhern Punct gesteigert werden muß.

Es wäre eine der Absicht des Gesetzgebers grell entgegentretende Auslegung, wenn man annehmen wollte, daß es sich nur um die Kenntnisse des Competenten aus den deutschen Schulgegenständen, nicht aber um den Zeitpunct des Schulbesuches handelt; indem nebst diesen dem Gesetzgeber daran liegt, daß der Jude mit der Schuldverfassung im Einklange, wie schon gesagt, in der ersten Blüthe seiner Jahre den vorgeschriebenen Unterricht erhalte, und sind vorschriftsmäßig darüber ausweise.

Der alle Verhältnisse des bürgerlichen Lebens durchschauende Geist des Gesetzgebers läßt hier wohl auch Ausnahmen gelten; nähmlich, wenn der Competent die Nichtbeybringung eines Schulzeugnisses durch besondere gehaltvolle Gründe zu entschuldigen weiß. In diesem Falle kann das obrigkeitliche Amt, unter dessen Jurisdiction

der Geschlechtswerber steht, in Gegenwart des Ortsschullehrers und einer Gemeindgerichtsperson den Competenten einer strengen Prüfung im Lesen, Schreiben und Rechnen unterziehen und ihm hierüber das verdiente Zeugniß ausstellen.

Als einen gehaltvollen Entschuldigungsgrund kann man logisch genommen denjenigen betrachten, in welchen sich in dem ihm zu Grunde liegenden Gedankenstoffe Mannigfaltigkeit und Bedeutung vereinigt findet.

Unendlich reich ist die Summa der Begriffe von inhaltsvollen Anschauungen, welche den Mangel eines solchen Schulzeugnisses standhaft zu rechtfertigen vermögen, daher sich der Gesetzgeber in keine casuistische Aufzählung der Merkmahle des Entscheidungsgrundes einlassen konnte.

Schon mittelst des Hofdecretes vom 14. December 1810 haben seine k. k. apostolische Majestät anzubefehlen geruht, daß aus dem unter dem Titel **Bne-Zion** herausgegebenen religiös-moralischen Lehrbuche für die Jugend der israelitischen Nation in allen jüdischen Schulen der deutschen Erbstaaten unterrichtet, und daß jeder Bräutigam und jede Braut, wenn sie um die Heirathsbewilligung ansuchen, über den Inhalt dieses Lehrbuches von dem Kreisamte geprüft, und nur dann die Bewilligung zum Heirathen erhalten, wenn sie bey der Prüfung wohl bestanden sind.

Durch das Gubernial-Circular vom 3. Juni 1833 Z. 17,405 ward diese Anordnung dahin abgeändert, daß der Familienwerber die Prüfung aus dem Lehrbuche **Bne-Zion** vor dem obrigkeitlichen Amte, welchem der Jude untersteht (mithin nicht mehr vor dem Kreisamte), in Gegenwart des Ortsrabbiners, des jüdischen Schullehrers und einer Gemeindegerichtsperson ablegen muß.

Zu Folge der Gubernialverordnung vom 29. April 1830 darf aber weder der Schullehrer, noch die andern bey dieser Prüfung intervenirenden Personen von den Prüfungscandidaten für die Vornahme der Prüfung eine Taxe zu fordern. Nach dem Gubernialdecrete vom 16. Juny 1827 Zahl 19,462 sind aber jene Prüfungscandidaten aus dem Lehrbuche **Bne-Zion** strenger zu prüfen, welche im Besuche des Wiederhohlungsunterrichtes Nachlässigkeit bewiesen haben.

Da übrigens der Unterricht aus dem **Bne-Zion** durch das Hofdekret ddo. 14. December 1810 als ein Schulgegenstand erklärt und die Ertheilung desselben, zu Folge Studienhofcommissionsdecretes

vom 15. August 1828 dem jüdischen Lehrer zugewiesen ist, so scheint auch diesem die Prüfung des Familienwerbers in Gegenwart der angeführten Personen zuzustehen, womit auch das Gubernialdecret vom 29. April 1830 in Übereinstimmung lautet, welches bezüglich auf diesen Gegenstand über eine dießfällige Anfrage erflossen ist.

ad e) Ein sittliches Betragen hat derjenige Competent, dessen Handlungen dem Sittengesetze entsprechen. Da jedoch nach der practischen Philosophie das Sittliche sowohl auf das Rechtliche als auf das Tugendliche bezogen wird, so wäre hier das Betragen desjenigen als sittlich und gut zu betrachten, dessen Handlungen sowohl mit dem Rechts- als Tugendgesetze harmoniren.

Das Rechtsgesetz regelt den äußern Freyheitsgebrauch der österreichischen Staatsbürger in ihrem Wechselverkehr, um aus demselben jeden Widerstreit zu entfernen: das Tugendgesetz aber ist jenes practische Vernunftgeboth, aus Achtung für Religion ihren formellen und materiellen Anordnungen zu gehorchen.

Demjenigen Familienwerber also, welcher durch Handlungen einem dem Gesetze der Religion und des Rechts widerstrebenden Hang beweiset, liegt ein Mangel guter Sitten zur Last, und er ist daher nicht geeignet eine Familienstelle zu erlangen.

Wenn sich daher ein Jude in einzelnen und noch dazu nicht bedeutenden Dingen über diese herrschenden Gesetze hinaussetzt, so ist er darum nicht sittenlos, weil Fehlen menschlich ist, und man seine Fehler wieder verbessern kann, und keine absolute Sittenlosigkeit des Menschen, sondern nur eine relative denkbar ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich

1. von selbst, daß hier nur von jenen gesetzwidrigen Handlungen die Rede ist und seyn kann, welche aus Mangel eines rechtmäßigen Willens, nicht aber aus Mangel an Einsicht von dem Competenten begangen worden sind; daß ferner

2. eine Rechtsverletzung dieser Art von Bedeutung seyn muß, wodurch Handlungen vorzüglich verstanden werden, die der 1. und 2. Theil unsers Strafcodex entweder als Verbrechen oder schwere Polizeyübertretung bezeichnet.

Hat der Sträfling seine Strafe nach der Vorschrift des Strafcodex ausgestanden, oder ist ihm selbe nachgesehen worden, oder ist die Strafe verjährt, so können ihm zwar

3. diese Umstände nach dem I. Theile des Strafcodex §. 204, 205, 206 und 207, II. Theil §. 272, 273 und 274 die bürgerliche Ehre sichern, aber gleichwohl hat er demohngeachtet seine sittliche Achtung verloren, und er kann mit Recht ein vortheilhaftes Sittenzeugniß von dem Rabbiner nicht in Anspruch nehmen.

Endlich wird

4. bey Verletzung der Religionsgesetze ein, aus erwiesenen Thatsachen hervorgehender unbeugsamer Hang zu solchen Handlungen vorausgesetzt, wenn der Competent den sittlichen Werth verlieren soll.

Das Sittenzeugniß hat der Rabbiner jener Gemeinde auszustellen, zu welcher der Competent gehört. Hat aber der Letztere in einem Orte außer der Gemeinde eine erlaubte Pachtung übernommen und in dem Letzteren seinen Aufenthalt gewählt, oder von der Landesstelle außer der Gemeinde irgend wo die Duldung, daselbst wohnen zu dürfen, erwirkt, oder war er längere Zeit unbefugt abwesend gewesen, so muß er nebst dem Zeugnisse vom Rabbiner, zu dessen Gemeinde er gehört, auch ein Zeugniß von der Ortsobrigkeit über die Zeit beybringen, durch welche er sich daselbst aufhielt. Eine zeitweise, mittelst eines Passes erlaubte Abwesenheit in Handlungsgeschäften, Familienangelegenheiten oder Hausierhandel ist kein Grund, der dem Familienwerber die Pflicht auferlegt, seinen sittlichen Lebenswandel durch die Obrigkeit der Ortschaften bestätigen zu lassen, wo ihn bloß Berufsgeschäfte einige Zeit festhielten.

§. 8.

In der Regel hat auch der gesetzliche Anwärter, wenn er die Familienstelle nach seinem verstorbenen Vater erlangen will, das erreichte Alter von 24 Jahren nachzuweisen.

Unter nachfolgenden Bedingungen kann aber die Landesstelle den gesetzlichen Anwärter von diesem Alter dispensiren:

a. Wenn derselbe das Alter von 20 Jahren bereits erreicht hat und wenn er ferner

b. allen übrigen im §. 7. für einen Familienwerber vorgeschriebenen Erfordernissen Genüge zu leisten vermag.

Das Gesetz gibt hier klar zu erkennen, daß kein gesetzlicher Anwärter eher eine Familienstelle erlangt, als bis derselbe wenigstens das 20. Lebensjahr erreicht hat.

Weder die vorausgegangene Entlassung aus der väterlichen Gewalt, noch die durch eine ausdrückliche Erklärung mittelst Altersnachsicht oder stillschweigend erlangte Großjährigkeit, welche so wie jene zu Folge allerhöchster Entschließung ddo. 5. Juny 1835 auch unter dem Alter von 20 Jahren Statt findet, kann hier als Grund gelten, gegen diese ausdrückliche Vorschrift einem jüngern Anwärter eine Geschlechtsstelle zu geben. Das Patent vom 15. September 1798 forderte zur Erlangung einer Familienstelle, so wie zur Heirathsbewilligung bloß ein 18jähriges Alter. Jedoch schon das Hofdecret ddo. 29. März 1832, dann die dießfällige Gubernial-Intimation ddo. 24. April 1832 verordnet mit diesem Gesetze im Einklange, daß keinem vor dem 34. Jahre eine Familienstelle verliehen werde.

Einem solchen Anwärter, der das vorschriftsmäßige Alter nicht besitzt, ist die Familienstelle des verstorbenen Vaters so lange vorzubehalten, bis er wenigstens das 20. Lebensjahr erreicht hat.

Der Umstand, daß oft eine solche Familienstelle zum Nachtheile der Verzehrungssteuer zu lange unbesetzt bliebe, hat das Befugniß zur Folge, daß in einem solchen Falle eine überzählige Familienstelle creirt werden kann, wenn

a. noch keine überzählige Familienstelle in der Gemeinde vorhanden ist, und

b. die Letztere dießfalls ein begründetes Begehren, das heißt, in welchem der Nachtheil für die Gemeinde, der aus der Nichtbesetzung dieser Geschlechtsstelle hervorgeht, klar erwiesen ist, bey der Landesstelle überreicht, und erstere

c. für die überzählige Familienstelle ein dazu vollkommen geeignetes Individuum vorschlägt.

Aus diesem ergibt sich, daß nicht mehr als eine überzählige Familienstelle in einer Gemeinde geduldet wird, und daß nur dasjenige Individuum für eine derley Stelle als geeignet erscheint, welches allen gesetzlichen Erfordernissen vollkommen entspricht, und nach den Grundsätzen dieses Patents und durch sein Geburtsrecht, Alter, Eigenschaften und Verhältnisse unter den andern Competenten als das würdigste hervorragt.

Nachdem nun jeder israelitische Heirathswerber eine Familienstelle besitzen muß, so fließt aus dieser Verordnung von selbst, daß kein Jude vor erreichtem 20. Lebensjahre zur Schließung einer gül-

tigen Ehe zugelassen wird, welche gesetzliche Strenge auf das weibliche Geschlecht nicht ausgedehnt ist, indem zu Folge des Patents vom 15. September 1798 §. 2 die jüdische Braut nur das 15. Lebensjahr überschritten haben muß.

Zu Folge Hofkanzleydecrets vom 7. August 1827 hebt weder der Ehestand, noch die Religion den Juden ihre Militärverpflichtung auf, sondern sie sind in dieser Beziehung, wie schon bey einer andern Gelegenheit gezeigt worden ist, den andern Religionsgenossen völlig gleichgestellt.

Sie sind ferner in Rücksicht des Befugnisses als Soldaten sich zu verehelichen, wie die Christen zu behandeln, jedoch empfiehlt das Hofdecret vom 7. März 1815, daß hiebey die beym Militär bestehende Normalvorschrift vom 29. September 1777 von dem Regiments- oder Corpscommandanten genau zu beobachten sey.

Ein weiteres Hofdecret vom 23. Juny 1815 bestimmt, daß zur Vermeidung der übermäßigen Vermehrung der Juden künftig den jüdischen Soldaten die Bewilligung zum Heirathen nur im Einverständnisse mit der betreffenden politischen Behörde, welche die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit solcher Ehen zu erheben hat, ertheilt werden soll, woraus das Ergebniß fließt, daß nur jener israelitische Soldat mittelst Einverständniß der militärischen und politischen Behörde die Heirathsbewilligung erlangen kann, der nach den Vorschriften dieses Gesetzes vom 9. April 1833 im Besitze einer Familienstelle sich befindet.

Die militärische Eigenschaft hindert nach dem Inhalte des zuletzt gedachten Gubernial-Circulars keinen Competenten als gesetzlichen Nachfolger, oder als Erst- oder Nachgebornen um eine erledigte Geschlechtsstelle sich zu bestreben; aber sein Stand verleiht ihm auch durchaus keine Vorzüge vor den im Civilstande befindlichen Mitbewerbern, indem er, wie die Letzteren, allen im §. 7 bestimmten Erfordernissen entsprechen und nebstbey die Concurrenten durch Geburtsrechte, Alter oder andere rücksichtswürdige Verhältnisse übertreffen muß, wenn er die erledigte Geschlechtsstelle erlangen will.

Ist nun ein jüdischer Militärist in den Besitz einer erledigten Geschlechtsstelle gelangt, so kann er auch wie jeder andere Soldat

nach dem Inhalte des bereits erwähnten Hofdecretes vom 7. März 1815 die Bewilligung zur Ehe erwirken.

Der Umstand, daß den jüdischen mit einer Familienstelle betheilten Soldaten dieselbe anzutreten untersagt ist, beraubt ihn bloß des Befugnisses in jener Judengemeinde, zu der er nach erfüllter Militärpflicht zurückkehrt, die den übrigen Familianten zustehenden Rechte auszuüben.

Sollte aber ein solcher Competent als gesetzlicher Anwärter-Nachfolger um die Geschlechtsstelle des Vaters bey der nächsten, im §. 10 dieser Verordnung mit den Familienwerbern vorzunehmenden Prüfungs-Commission zur Legitimation seiner Eigenschaften nicht erscheinen, oder sein Recht als Anwärter an einen andern allenfälligen Bruder nicht übertragen haben, so hat dieß für ihn, so wie für einen andern nicht in militärischer Eigenschaft stehenden gesetzlichen Nachfolger den Verlust des gesetzlichen Anwartschaftsrechtes zur Folge, weil nach dem Sinne dieser Verordnung §. 1 und 8 als bekannt angenommen werden muß, daß ein solcher Anwärter stillschweigend zu verstehen gibt, daß er den im §. 7 dieses Gesetzes für einen Competenten festgesetzten Erfordernissen nicht Genüge leisten kann.

Da nun der Tod des Vaters der Zeitpunct zur Geltendmachung seiner Familienrechte ist, so verliert er selbst dann das Recht der gesetzlichen Nachfolge, wenn ein Zufall, bey der Commission zu erscheinen, ihn hindern möchte, weil die Folgen des Zufalls denjenigen treffen, in welchen er sich ereignet, und die Zögerung mit der Besetzung der Geschlechtsstelle wegen eines Mangels an Vorbereitung zur Befähigung von Seite des gesetzlichen Nachfolgers nirgends im Gesetze empfohlen, wohl aber die schlennige Ernennung des Nachfolgers zu der erledigten Stelle wegen der fortwährend fließenden Steuerschuldigkeit, als dringende Pflicht den Ämtern gebothen wird.

§. 9.

Wie der Inhalt dieser Stelle des vorliegenden Gesetzes lautet, so ist nun jede specielle Bewerbung um Familienstellen abgestellt.

Jeder ledige Jude, der eine Familienstelle zu erhalten wünscht,

darf sich bloß im Allgemeinen um eine Geschlechtsstelle bewerben, und hat zu dem Ende das mit den erforderlichen Behelfen belegte Gesuch bey dem obrigkeitlichen Amte einzubringen, welches den Inhalt des Gesuches und der Behelfe in das Competentenbuch nach der Ordnung einträgt, welches Buch von Jedermann bey dem Dominium eingesehen werden kann.

Offenbar sind durch die Anordnungen dieses Gesetzes die früher dießfalls bestandenen Vorschriften vom 15. September 1798 §. 4, des Hofdecretes vom 31. August und Gubernialintimation vom 29. September 1826 Z. 27859, dann des Hofdecretes vom 22. August 1828 Z. 18097 aufgehoben worden.

§. 10.

Diejenigen, die dermahlen eine Geschlechtsstelle zu erhalten wünschen, müssen diese ihre Absicht beym Oberamte zu was immer für einer Zeitperiode im Allgemeinen, wie gesagt aussprechen, welches die Gesuche solcher in so lange aufbewahrt, bis die Zeit zu Prüfung der Competenten eintritt.

Die Betrachtung, daß die mit dem Handel beschäftigten Israeliten nur um die Zeit des jüdischen Oster- und Laubhüttenfestes ohne Nachtheil ihres Erwerbes in ihre Gemeinde zurückkehren und daselbst verweilen, hat den Gesetzgeber bestimmt, diesen Zeitpunct zur Prüfung ihrer Ansprüche, Eigenschaften und Verhältnisse auf Grundlage des Competentenbuches, welches Letztere bey dieser Gelegenheit über die Angaben des Geschlechtswerbers mit den Conscriptionsbüchern hinsichtlich der Abstammung und anderer Familienverhältnisse verglichen wird, als den schicklichsten zu wählen.

Die Modalitäten des Verfahrens bey der Commission werden in einer mit Formularien versehenen Instruction klar erörtert, die keiner Auslegung bedarf.

Hier ist noch zu bemerken, daß alle Bedenken gegen die Eigenschaften, Erfordernisse und Umstände des Familienwerbers durch die Glieder des Gemeindvorstandes, des Rabbiners, des Schullehrers und der Mitbewerber nur bey dieser Commission zur Sprache zu bringen sind, weil nur damahls das Individuum Gelegenheit hat, sich gegen diese Bedenken gehörig zu schützen.

Alle von wem immer gemachten Einwendungen gegen die Ei-

genschaften, Verhältnisse oder Erfordernisse des Familienwerbers nach dem Schlusse des Commissions-Protocolls, selbe mögen schriftlich oder mündlich bey dem obrigkeitlichen Amte oder einer andern höheren Behörde vorgetragen worden seyn, müssen, wenn sie auch noch so erheblich sind, nach der Bestimmung dieses Gesetzes bedachtlos übergangen werden, weil der Competent nicht mehr verpflichtet ist, nach dem Schlusse der commissionellen Verhandlung einen ihm zur Last gelegten Mangel der Erfordernisse zu widerlegen.

Der Grund dieser peremtorischen Frist, die Würdigkeit eines Competenten zu bestreiten, beruht auf der Betrachtung, daß bey der Rücksicht der Juden und den bey Gelegenheit der Bewerbungen um Geschäftsstellen üblichen Umtrieben eine solche Commission nie zu Ende käme, wenn nicht ein unwiderruflicher Termin bestimmt würde, bis zu welchem es den Gliedern der Commission erlaubt sey, die Mängel und Gebrechen der Competenten aufzuhüllen.

Diese Bestimmung bezieht sich aber nur auf jene Handlungen und Umstände des Familienwerbers, die in den Zeitpunct vor der Commission fallen, indem nachher erfolgte seine Erfordernisse zu einer Geschlechtsstelle erschütternde und der Behörde angezeigte Ereignisse auch einen competenzfähigen Familienwerber wieder verpflichten, bey der nächsten Commission zur neuen Erörterung derselben zu erscheinen.

Solche Mängel sind beyspielsweise, wenn der Competent auf seinem Reale, mit dem er das erforderliche Vermögen bey der Commission ausgewiesen hat, Schulden machte, oder in Concurs verfallen wäre, oder eine schwere Polizeyübertretung oder gar ein Verbrechen begangen hätte.

§. 11.

Von der Erscheinung bey der Commission sind nur jene Familienwerber ausgenommen, welche nach dem §. 10 dieser Verordnung bereits für competenzfähig erklärt worden sind, ohne daß gegen sie ein Bedenken obwaltet, welches einer neuen Erörterung bedarf. Daß übrigens die von Militäristen gefertigten Vollmachten von ihrer Militärbehörde, und die von in fremden Provinzen in ihrem Gewerbsbetriebe befugt abwesenden Competenten ausgestell-

ten Vollmachten durch die Behörde, wo sie sich aufhalten, legalisirt werden müssen, ist ein bekanntes gesetzliches Erforderniß.

Als minderjährige nach dem §. 8 dieses Patents sind nur jene Competenten unter 24 Jahren zu halten, und müssen bey der Commission durch ihre vom Gerichte aufgestellten Vormünder und Curatoren vertreten werden, welche nicht zu Folge §. 252 des a. b. G. B. oder auf Grundlage des Hofkanzleydecretes vom 3. Juny 1835 durch Altersnachsicht ausdrücklich oder durch die Verleihung eines Gewerbes stillschweigend, vor dem zurückgelegten Alter von 24 Jahren für selbstständig erklärt worden seyn.

§. 12.

In diesem Paragraphe handelt das Gesetz

1. Von der Competenz der Behörde, welche Familienstellen an fähige Israeliten zu verleihen berufen ist.

2. Von der Periode, innerhalb welcher wegen Besetzung einer in der Judengemeinde erledigten Geschlechtsstelle von der ersten Instanz die nöthige Veranlassung zu geschehen hat und endlich

3. über die Art und Weise, wie alle Interessenten von der geschehenen Betheilung einer Familienstelle an den Würdigsten zu verständigen sind.

ad 1. Jenen gesetzlichen Anwärtern, welche das Alter von 24 Jahren noch nicht erreicht haben, kann nur die Landesstelle die nach dem verstorbenen Vater erledigte Geschlechtsstelle zutheilen. Ebenso ist nur ausschließend die Letztere berufen, in jenen Fällen das Erkenntniß zu schöpfen, wo es sich um die Ernennung eines Stellvertreters in einer Gemeinde handelt. Über alle andern in einer Gemeinde erledigten Familienstellen erkennt das Kreisamt, wem selbe nach dem Gesetze gehören. Allein jeder Entscheidung, das ist sowohl jener der Landesstelle, als des Kreisamtes, muß ein wohl erwogener von der Obrigkeit ausgehender Vorschlag zum Grunde liegen.

ad 2. Mit der bisher eingeführten Geschäftsordnung im Einklange, verordnet hier das Gesetz den Obrigkeiten von der Erledigung einer jüdischen Geschlechtsstelle dem Kreisamte die Anzeige zu machen.

Daß diese Anzeige sogleich nach dem Ableben des Juden, mithin mit Geschäftseile geschehen muß, fließt aus der Andeutung des

Gesetzes, welches dem Dominium gebiethet, längstens binnen vier Wochen vom Tage der Erledigung einer Familienstelle, den Besetzungsvorschlag zu erstatten, wenn es sich um die Anwendung der im §. 1 und 2 festgesetzten Vorschriften handelt.

In folgenden Fällen erhält das Dominium vom Kreisamte über diese Anzeige den Auftrag, längstens binnen vier Wochen nach dem Hinscheiden des jüdischen Familianten wohlmeinend nachzuweisen, wem die erledigte Geschlechtsstelle zu verleihen sey.

a) Wenn ein Familiant mit Hinterlassung eines competenzfähigen gesetzlichen Anwärters physisch gestorben ist.

b) Wenn bey dem ohne einen gesetzlichen Anwärter erfolgten Ableben eines Familianten überzählige Familianten in der Gemeinde vorhanden sind, bey denen ihre Competenzfähigkeit schon vorausgesetzt werden muß.

In allen übrigen, wie immer Nahmen habenden, dem Kreisamte durch die Obrigkeit angezeigten Erledigungsfällen einer Familienstelle, ertheilt das Erstere der Letzteren die Weisung: längstens acht Tage nach der, mit den Familienwerbern nach dem §. 10 und 11 der vorliegenden Verordnung abgehaltenen Commission mit dem Ergebniß dieser Verhandlung den Vorschlag zu erstatten, wem die inzwischen (das ist im Laufe des halbjährigen Semesters) erledigten Geschlechtsstellen zu verleihen sind.

ad 3. Die Verleihung einer Geschlechtsstelle beruht entweder

a) auf dem im Laufe des Semesters von der Obrigkeit ausgehenden Vorschlage, wenn nähmlich competenzfähige gesetzliche Anwärter oder überzählige Familianten durch die Verordnung §. 1 und 2 zu der erledigten Geschlechtsstelle berufen sind, oder aber

b) die Einrückung in eine Familienstelle ist das Ergebniß eines von der Obrigkeit über die mit den Competenten vorgenommene halbjährige Prüfung hinsichtlich ihrer Erfordernisse zur Erlangung einer Geschlechtsstelle eingereichten, actenmäßig belegten Vorschlages. Der mit der Geschlechtsstelle durch das Kreisamt betheilte Competent wird, wie jener von dem Beschlusse des Kreisamtes mittelst Bescheid, alle Anderen aber, die in der Gemeinde, zur Erlangung einer Geschlechtsstelle fähig erklärten Bewerber durch die öffentliche Kundmachung des kreisämtlichen Beschlusses in der Synagoge verständigt. In sofern dieses Erkenntniß des

Kreisamtes Competenten betrifft, die allenfalls zur Erlangung einer Familienstelle über den Prüfungsausschlag für nicht geeignet erklärt worden sind, so sind auch Letztere nach dem Sinne dieses Gesetzes durch Bescheid von dieser kreisämtlichen Verfügung zur Wissenschaft in Kenntniß zu setzen.

§. 13.

Die Instanzen, die in Angelegenheiten der Verleihung jüdischer Geschlechtsstellen ihre Erkenntnisse unter den Vorschlag der Ortsobrigkeit zu fällen haben, sind: das Kreisamt, die Landesstelle oder das Brünner Gubernium und in letzter Instanz die höchste Hofkanzley in Wien.

Der Recurs oder die Berufung auf die höhere Instanz muß binnen vierzehn Tagen nach Erhalt des Bescheides angewendet und binnen vier Wochen (nach Erhalt des Bescheides) überreicht werden. Jeder Bescheid, gegen welchen binnen vierzehn Tagen kein Recurs angemeldet wird, geht in Rechtskraft über, das heißt, der Bescheid kann und darf ohne Einspruch verwirklicht werden, wenn gleich am 15. Tage nach Erhalt des Beschrides die Beschwerde selbst bey der betreffenden Behörde überreicht würde.

Nur gegen Entscheidungen der Hofstelle in dieser Angelegenheit, dann gegen jene des Guberniums findet keine Berufung auf eine höhere Behörde statt, wenn der kreisämtliche Beschluß durch jene der Landesstelle bestätigt worden ist.

§. 14.

Ergreift ein Individuum den Recurs nicht, in der Absicht, die vermeinten Fehler der Unterbehörde durch die höhere Instanz verbessern zu lassen, sondern um den Gang der Verleihung in der Besetzung der erledigten Geschlechtsstelle zu hemmen, oder einen mit einer Familienstelle Betheilten zu chicaniren, so wird er als ein muthwilliger Recurrent mit einer arbiträren Geld- oder Leibesstrafe belegt. Nebst dem muß er auch, so wie die, wie immer Nahmen habende Behörde oder der Gemeindevorstand, die sich eine zurechnungsfähige, das ist, eine aus einem Versehen, aus einer schuldbaren Unwissenheit, aus Mangel der gehörigen Aufmerksam-

keit oder des gehörigen Fleißes hervorgehende Übertretung in der Anwendung der vorliegenden Vorschriften zu Schulden kommen ließ, jenen Steuersatz an die Gemeinde leisten, der aus der Verzögerung der Besetzung der Geschlechtsstelle als Schaden ihr zugewachsen ist.

§. 15.

Es ist schon bey Gelegenheit der Erklärung des §. 1. dargethan worden, daß bloß zwischen den gesetzlichen Anwärtern Abfindungen und Verzichtleistungen auf Familienstellen gesetzlich gestattet sind, dieses den Nachfolgern des Vaters in der Geschlechtsstelle eingeräumte Befugniß hat natürlich für sie das Klagerecht auf Durchsetzung der deßhalb gegenseitig unter ihnen eingegangenen Rechte und Verbindlichkeiten zur Folge, was hier in der vorliegenden Stelle des Gesetzes durch den Ausdruck, daß diesen Competenten unter sich Abfindungen erlaubt werden, angezeigt wird.

In sofern gegen diese bestehende Vorschrift Personen handeln, denen nicht die Verpflichtung obliegt, unter öffentlicher Autorität mitzuwirken, daß die Vorschriften dieses Circulars nicht übertreten werden, so trifft selbe nur die in diesem Paragraphe angezeigte Geldstrafe. Übelstände dieser Art untersucht und entscheidet das Kreisamt.

Hätte aber Jemand zur Ausübung seiner Amtsgeschäfte bey Verleihung der jüdischen Geschlechtsstellen ein Entgeld sich bedungen oder gar angenommen, so entsteht daraus eine Art von Amtsverbrechen, welches durch die Benennung: „Geschenkannahme in Amtssachen" in dem §. 88 des 1. Theils des Strafcodex bezeichnet ist.

Eben so begeht jener, nach dem §. 89 des 1. Theils des Gesetzbuches über Verbrechen, ein Verbrechen, der durch Geschenke einen in Pflichten stehenden Beamten bey Verleihung dieser Familienstellen zur Partheylichkeit zu verleiten sucht.

Solche rechtlich beanzeigten Personen untersucht und bestraft das peinliche Gericht.

§. 16.

Daß das Recht des Anspruches auf eine jüdische Familienstelle der ältere Bruder als gesetzlicher Anwärter verliert, wenn er seine Rechte der Anwartschaft auf den jüngern Bruder überträgt, ist schon bey der Auslegung des §. 1 gesagt worden.

Als Strafe ist der Verlust der Ansprüche auf eine Geschlechtsstelle festgesetzt:

a) Wenn ein Competent durch Geschenke an wen immer, oder Abfindungen mit den andern Bewerbern eine Familienstelle zu erlangen sich bestrebt hat.

b) Wenn er über das vorschriftsmäßige Vermögen pr. 300 fl. C. M. und seine andern pecuniären Umstände durch trügerische Ausweise die Behörden in Irrthum zu versetzen auch nur versucht hat.

c) wenn er durch eine nach den jüdischen Religionsgebräuchen heimlich eingegangene Ehe nach dem §. 252 des 2. Theils des Strafgesetzbuches, dann der politischen Schulverfassung 23. Abschnitts und §. 26 einer schweren Polizey-Übertretung sich schuldig machte;

d) wenn er überwiesen worden ist, daß er absichtlich der Militärpflicht sich entzogen hat.

Die Juden werden nur immer zur Bevölkerung einer Judengemeinde, und zwar derjenigen gerechnet, welcher sie durch Geburt oder Familienzahl zugewiesen sind; außer dieser Gemeinde aber als Fremde behandelt; den einzigen Fall ausgenommen, wenn sie in einem Orte tolerirt sind, und sohin das Ortsdomicil im letzteren erworben haben. Jedoch muß die Toleranz beständig, keineswegs zeitweise ertheilt seyn, und keiner periodischen Ernennung unterliegen, weil nach dem Inhalte des Hofkanzleydecrets vom 10. Jänner 1821 im letzteren Falle der bloß auf eine Zeit beschränkte Aufenthalt die Juden ihrer Geburts- oder Familiengemeinde nicht entzieht.

Der Jude hat daher dem jedesmahligen Rufe zur Erfüllung seiner Militärpflicht derjenigen Obrigkeit zu folgen, unter der die Judengemeinde steht, welcher er durch Geburt oder Familienzahl zugewiesen ist, oder aber wo er das Ortsdomicil erworben hat.

Das Gesetz fordert hier aber die Absicht des Juden, die

Militärpflichten zu umgehen, daher eine zufällige Abwesenheit zur Zeit der Recrutirung ihm nicht diese hier angezeigte Strafe zuziehen kann.

Hätte gleichwohl ein Jude, der sich der in diesem Paragraphe sub lit. a, b, c und d verzeichneten sträflichen Handlungen schuldig machte, eine Familienstelle aus dem Grunde erlangt, weil diese seine Umtriebe erst nach erlangter Geschlechtsstelle entdeckt worden sind, so verliert er zwar nicht mehr die ihm zugetheilte Geschlechtsstelle, aber der Gesetzgeber will, daß gegen ihn nach der Strenge des Gesetzes verfahren werde.

Diese gesetzliche Anordnung beruht auf dem Grundsatze, daß durch eine, durch das Gesetz verhängte Strafart nur der Schuldige, nicht aber seine in der Übertretung des Gesetzes schuldlose Gattin oder Kinder leiden sollen.

Sind die Handlungen, deren er überwiesen worden ist, von der Art, daß dadurch ein Strafgesetz übertreten ward, ohne daß die Strafe in der Zwischenzeit verjährt ist, oder sind sie von einer solchen Beschaffenheit, daß das Gesetz den Schuldigen mit anderen üblen Folgen (wie z. B. den Recrutirungsflüchtigen) bedroht, so hebt seine Eigenschaft als Jude diese Strafen nicht auf.

Aus dem Inhalte dieser Verordnung leuchtet die Absicht des Gesetzgebers deutlich hervor, die Vertheilung der Geschlechtsstellen an die ledigen mährischen Israeliten nach allen erfahrungsmäßigen Richtungen und Beziehungen so zu bestimmen, daß jede Willkühr der Behörde verbannt, und jede durch Selbstsucht der dabey Betheiligten erregte Anstrengung, dem durch das Gesetz Bezeichneten die Familienstelle zu entziehen, vereitelt werde.

Wird diese wohlwollende Absicht des Gesetzgebers nicht erreicht, so hat die schuldige Behörde diese Abnormität zu rechtfertigen, das ist zu verantworten.

Über

die richtige Auslegung

des §. 1483 des a. b. G. B.

Von

Herrn Dr. Joh. Bapt. Zugschwerdt.

Das allg. bürgl. Gesetzbuch enthält im §. 1483 folgende Bestimmung: „So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet, und das Pfandrecht nicht verjährt werden. Auch das Recht des Schuldners sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt. In so fern aber die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen.“

Bey Erläuterung dieser Gesetzesstelle wurde von den Commentatoren unseres allg. bürgl. Gesetzbuches die Frage aufgeworfen, ob durch diese Anordnung nur das Pfandrecht vor der Verjährung geschützt werde, oder ob auch das Recht der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt wurde, in so weit sie den Werth des Pfandes nicht übersteigt, für unverjährbar erklärt worden sey? Diese Frage wurde verschieden beantwortet. Herr Hofrath von Zeiller spricht sich dahin aus, daß auch das Recht der Forderung in der angedeuteten Beschränkung nicht verjährt werden könne. Herr Re-

gierungsrath und Professor Winiwarter und Herr Appellationsrath Nippel vertheidigen die entgegengesetzte Ansicht.

Diese Meinungsverschiedenheit unserer ausgezeichnetsten Gesetzesinterpretatoren über die Gesetzesstellen veranlaßte mich, in die Frage weiter einzugehen, und ich übergebe mit Folgendem das Resultat meines Forschens der juridischen Lesewelt zur nachsichtigen Beurtheilung.

Herr Hofrath von Zeiller begründet die von ihm ausgesprochene Ansicht damit, daß der Schuldner die Forderung, ungeachtet der unterbliebenen gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung, schon dadurch, daß er das Pfand als Sicherstellungsmittel der Forderung nicht zurückbegehrt, stillschweigend anerkenne, und die Verpfändung eine durch den Werth des Pfandes gesicherte Zahlung vorstelle. Ich muß offen gestehen, daß ich die aufgestellte Behauptung durch diesen Grund nicht gerechtfertiget finde. Denn ich glaube, daß aus der Unterlassung der Zurückforderung des Pfandes von Seite des Schuldners auf eine Anerkennung der Forderung an sich gewiß nicht geschlossen werden könne. Wenn es aber auch wäre, so könnte dieser Grund vielleicht als eine **ratio de lege ferenda** gelten, allein er liefert keinen Beweis, daß die ausgesprochene Behauptung in dem §. 1483 wirklich gesetzlich normirt sey.

Demungeachtet bekenne ich mich zu derselben von Herrn Hofrathe von Zeiller ausgesprochenen Ansicht, und suche sie mit folgenden Gründen zu vertheidigen.

Ich halte es für die erste und wichtigste Aufgabe einer Gesetzesauslegung, die zu interpretirende Stelle selbst fest ins Auge zu fassen, und jedes Wort derselben wohl zu berücksichtigen, weil bey einem systematischen Gesetze nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber auch nur ein Wort hingestellt habe, ohne demselben die seiner allgemeinen oder besonders erklärten Bedeutung entsprechende Wirkung beylegen zu wollen. Weiters müssen diese Worte nach Anweisung des §. 6 des a. b. G. B. in ihrem Zusammenhange mit dem ganzen Gesetze aufgefaßt und endlich muß die klare Absicht des Gesetzgebers wohl berücksichtiget werden.

Es ist daher vor allem nothwendig die eigenthümliche Bedeutung der Worte des §. 1483 zu erfassen.

Nach den in Österreich in Kraft stehenden Gesetzen hat im All-

gemeinen jeder Gläubiger das Recht, gegen seinen Schuldner, wenn derselbe die übernommene Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet, die gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, und im Nothfalle nach Vorschrift der Gerichtsordnung die Execution auf das gesammte Habe und Gut desselben zu führen, in so ferne nicht einzelne Gegenstände durch besondere Gesetze hiervon ausgenommen sind. Da jedoch der Schuldner, so lange nicht der erste Schritt der Execution, nähmlich die Pfändung vorgenommen ist, das freye Dispositionsrecht über sein Eigenthum behält, und durch Ausübung desselben dem Gläubiger die Möglichkeit aus diesem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung zu erlangen, benehmen oder sehr erschweren kann; da weiters, abgesehen von dem freyen Willen des Schuldners, andere Gläubiger das Vermögen desselben mit Execution belegen können, in Folge dessen eine spätere Executionsführung ein erwünschtes Resultat nicht mehr geben kann: so sucht ein vorsichtiger Gläubiger einem möglichen Verluste dadurch vorzubeugen, daß er sich auf irgend eine bestimmte Sache ein Recht einräumen läßt, in Folge dessen weder der Schuldner, noch irgend eine dritte Person mit dieser bestimmten Sache irgend eine Disposition treffen können, wodurch dem Gläubiger die Möglichkeit genommen oder erschwert würde, aus eben dieser bestimmten Sache seiner Zeit nöthigenfalls die Berichtigung seiner Forderung zu erlangen.

Dieses Recht, welches sich der Gläubiger auf eine bestimmte Sache einräumen läßt, ist das Pfandrecht, und die Bestellung desselben hat offenbar nur den Zweck, zu verhindern, daß mit der verpfändeten Sache irgend eine Disposition getroffen werde, wodurch dem Gläubiger die Möglichkeit genommen oder auch nur erschwert würde, aus eben dieser Sache seiner Zeit nöthigen Falls die Bezahlung seiner Forderung zu erlangen. Die Wirkung des Pfandrechtes muß dem Zwecke desselben entsprechen, scheint also zunächst nur negativ zu seyn, und besteht im bloßen Verhindern einer fremden Einwirkung auf eine bestimmte Sache, wodurch das Recht des Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners überhaupt die Berichtigung seiner Forderung zu erlangen, rücksichtlich dieser bestimmten Seite vereitelt werden könnte. Die weitere Wir-

kung des Pfandrechtes besteht in der Berechtigung des Gläubigers zu allen nothwendigen Vorkehrungen, wodurch die Erreichung des nächsten Zweckes des ihm eingeräumten Rechtes allein möglich ist, z. B. zur eigenen Aufbewahrung des Pfandes.

Weiter aber geht die Wirkung des Pfandrechtes seiner Natur und seinem Zwecke nach nicht; insbesonders halte ich das Recht des Gläubigers dann, wenn von dem Schuldner die Verbindlichkeit nicht zur bestimmten Zeit erfüllet wird, auf das Pfand die Execution zu führen, durchaus nicht für einen Ausfluß des Pfandrechtes, sondern nur für eine Wirkung des Forderungsrechtes; nur Kraft dieses letzteren kann man auf Zahlung dringen und auf das gesammte Habe und Gut des Schuldners, also auch auf das bestellte Pfand die Execution führen; daß die Möglichkeit einer Executionsführung auf die verpfändete Sache weder von dem Schuldner noch von einer dritten Person vereitelt werden könne, ist die Wirkung des Pfandrechtes.

Nach dieser Entwicklung des Zweckes und der Wirkung des Pfandrechtes dürfte sich auch die Frage beantworten lassen, worin die Ausübung des Pfandrechtes bestehe? Ich glaube gewiß, in nichts anderem als eben in der Treffung aller jener Vorkehrungen, welche zur Erreichung des eigentlichen Zweckes der Bestellung des Pfandrechtes nothwendig, erlaubt und zweckdienlich sind. Worin diese Vorkehrungen bestehen, hängt von der Verschiedenheit der Umstände und Verhältnisse ab, hier genügt es zu bemerken, daß insbesondere das Recht die gerichtliche Veräußerung des Pfandes zu verlangen nicht darunter gerechnet werden könne, weil dieses Recht, wie gesagt, ein Ausfluß des Forderungsrechtes und nicht des Pfandrechtes ist.

Betrachtet man aber unser allg. bürgl. Gesetzbuch, so zeiget sich, daß in demselben der Ausdruck „die Ausübung des Pfandrechtes" in einem weiteren Umfange genommen werde. Dieser Ausdruck erscheint nur in dem §. 1483 desselben, und da dessen Bedeutung dort nicht näher bestimmt wird, so muß man auf andere damit verwandte Gesetzesstellen Rücksicht nehmen, um die wahre Bedeutung dieses Ausdruckes zu eruiren. Diese Gesetzesstellen dürften die §§. 458 bis 466 seyn, weil daselbst die Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers positiv normirt werden, und

eine Ausübung dieser Rechte auch eine Ausübung des Pfandrechtes ist, da erstere sich nur als eine Folge des letzteren darstellen. In diesen Paragraphen werden mehrere Rechte, die dem Pfandgläubiger zustehen, aufgeführt, und insbesondere drey in den Immarginalnoten enumeravit bezeichnet. Daß im §. 1483 nicht die Ausübung aller dieser Rechte gemeint sey, unterliegt keinem Zweifel, insbesondere, daß das Recht bey Entdeckung eines unzureichenden Pfandes ein anderes angemessenes Pfand zu fordern, darunter nicht verstanden seyn könne. Daß aber die Ausübung des Rechtes zur Aufbewahrung des Pfandes darunter nicht verstanden sey, beweiset der Inhalt des §. 1483 selbst, weil nach demselben vorausgesetzt wird, daß der Gläubiger das Pfand in Händen habe, also aufbewahre, und doch die Ausübung des Pfandrechtes unterlasse. Es kann also unter der Ausübung des Pfandrechtes nichts anderes verstanden werden, als die im §. 461 des a. b. G. B. gestattete Einleitung zur gerichtlichen Feilbiethung des Pfandes. Nach der obigen Darstellung ist dieses Recht eigentlich kein Ausfluß des Pfandrechtes mehr, sondern eine Folge des Forderungsrechtes, allein, da das Gesetz diese Befugniß unter den Rechten des Pfandgläubigers aufzählet, so muß aus dem Standpuncte unserer positiven Gesetzgebung diese Befugniß auch als ein Ausfluß des Pfandrechtes angesehen werden. Hiernach dürfte es klar seyn, daß in dem §. 1483 des a. b. G. B. unter der Ausübung des Pfandrechtes nur die Ausübung dieser Befugniß, die Einleitung zur gerichtlichen Versteigerung des Pfandes zu treffen, verstanden seyn könne.

Die Ausübung des Pfandrechtes in diesem Sinne, hat durchaus keinen andern Zweck, als durch die Veräußerung des Pfandes eine Barschaft zu erzielen, aus welcher sohin die Berichtigung der Forderung erlangt werden kann. Sie zeiget sich als den rechtlichen Weg, als das gesetzliche Mittel, die Möglichkeit der Berichtigung der Forderung aus dem Pfande herbeyzuführen. Diese Berichtigung der Forderung selbst aber kann nur Kraft des Forderungsrechtes aus dem Erlöse für das Pfand verlanget werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn das Gesetz das Mittel zu einem bestimmten Zwecke anzuwenden gestattet, es auch den Zweck selbst wollen müsse, also, wenn die Ausübung des Pfandrech-

tes d. i. die Einleitung der gerichtlichen Feilbiethung des Pfandes zu dem Ende um, wie aus der Bestimmung des §. 464 deutlich hervorgeht, die Berichtigung der Forderung selbst möglich zu machen, gestattet wird, so muß in eben diesem Gesuche auch der Zweck dieser Ausübung dieses Pfandrechtes, nähmlich die Berichtigung der Forderung selbst aus dem Erlöse für das Pfand gesetzlich gestattet seyn, woraus nothwendig die Folgerung sich ergibt, daß, wenn das Gesetz nur von einer Gestattung der Ausübung des Pfandrechtes spricht, in diesem Ausspruche nothwendig auch die Gestattung des alleinigen Zweckes dieser Ausübung, nähmlich des Begehrens um Berichtigung der Forderung aus dem Erlöse für das Pfand, also der Ausübung des Forderungsrechtes enthalten seyn müsse.

Durch die Gestattung des Mittels zu einem gewissen Zwecke wird aber dieser Zweck nur in so weit gestattet, als derselbe durch dieses Mittel erreicht werden kann. Aus der Gestattung der Ausübung des Pfandrechtes zu dem angedeuteten Zwecke kann daher auf eine Gestattung dieses Zweckes, also auf die Gestattung der Ausübung des Forderungsrechtes nur in so weit geschlossen werden, als diese Ausübung des Pfandrechtes möglich wird, woraus folget, daß die Berichtigung der Forderung nur in so ferne gesetzlich verlangt werden kann, als selbe aus dem erzielten Erlöse für das Pfand möglich ist, oder um mich des gesetzlichen Ausdruckes zu bedienen, als die Forderung den Werth des Pfandes nicht übersteigt. —

Abgesehen von dem §. 1483 des a. b. G. B. würde das Recht der Forderung sowohl als das Pfandrecht nach dem allgemeinen Stand des §. 1489 des a. b. G. B. bey einem dreyßigjährigen Nichtgebrauch oder bey einem so lange Zeit beobachteten Stillschweigen durch Verjährung erlöschen; der Schuldner könnte um die Bezahlung nicht mehr angegangen, das Pfandrecht nicht mehr ausgeübt, und die Rückstellung des Pfandes auf Grundlage des §. 471 des b. G. B. verlangt werden.

Von dieser allgemeinen Norm des §. 1479 macht das Gesetz im §. 1483 eine Ausnahme, indem es verordnet, daß, so lange der Pfandgläubiger das Pfand in Händen hat, ihm die unterlassene

Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet, und das Pfandrecht nicht verjährt werden könne.

Unbestreitbar ist es, daß in diesem §. 1483 eine Ausnahme von der Regel des §. 1497 des a. b. G. B. gemacht werde, eben so unbestreitbar aber ist es, daß nach dem Wortlaute dieses Gesetzes die Ausnahme nur dann und nur in so lange bestehen solle, wenn und in so lange der Gläubiger das Pfand in Händen habe, als den Grund der Ausnahme angegeben, die Dauer der Ausnahme nach diesem Grunde bemessen und auf die Dauer des Grundes beschränkt.

Etwas schwieriger ist es den Umfang der Ausnahme festzustellen. Das Gesetz zieht aus der Prämisse: daß der Pfandgläubiger das Pfand in Händen habe, die Folgerung, daß ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden könne. Diese gesetzliche Folgerung besteht aus zwey Sätzen, welche unter sich durch die Partikel „und“ verbunden sind, und es dürfte schon hieraus geschlossen werden können, daß das Gesetz in diesen beyden Sätzen nicht ein und dasselbe sagen, sondern in jedem Satze etwas Besonderes normiren wollte, weil sonst dieses Verbindungswort nicht gut gewählt wäre. Wollte, wie behauptet wird, nur das Pfandrecht vor der Verjährung geschützt werden; so wäre es vollkommen genügend gewesen zu sagen: „kann das Pfandrecht nicht verjährt werden.“ Der andere Satz, daß dem Pfandgläubiger die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet werden könne, wäre nur eine natürliche Folge der ersteren Bestimmung, und deren ausdrückliche Anführung im Gesetze um so mehr überflüssig und zwecklos, als sie auch nicht einmahl durch das Bestreben, einem möglichen Zweifel, — der hier gar nicht denkbar wäre, — vorzubeugen, gerechtfertigt werden könnte. Unser allg. bürg. Gesetzbuch beurkundet aber das sichtbarste Streben so wie nach Bestimmtheit und Deutlichkeit im Ausdrucke, ebenso nach Kürze und Bündigkeit desselben und es scheint mir unmöglich, daß ein ganzer Satz hingestellt seyn soll, ohne bestimmten Zweck, ohne beabsichtigte Wirkung.

Ich hege vielmehr die feste Überzeugung, daß in dieser Stelle des Gesetzes etwas Besonderes normirt werden wollte, und der Inhalt derselben dürfte bey dessen genauer Würdigung genügenden

Aufschluß geben. Es wird verordnet, daß dem Pfandgläubiger — so lange er das Pfand in Händen hat — die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet werden könne. Diese Bestimmung spricht unter der gemachten Voraussetzung ein allgemeines Verboth dieser Einwendung aus, erkläret sie also, wann, und wo sie immer gemacht werden sollte, für wirkungslos. Eine so allgemeine Bestimmung des Gesetzes kann man aber nicht auf einen oder einige einzelne Fälle willkührlich einschränken, sondern sie muß in allen Fällen ihre volle Wirksamkeit äußern. Am allerwenigsten aber kann man sie für den einzigen Fall, als sie bey Geltendmachung des Pfandrechtes gemacht würde, für wirkungslos erklären, weil die Unstatthaftigkeit derselben für diesen Fall schon aus der Bestimmung, daß das Pfandrecht nicht verjährt werden könne, nothwendig gefolgert werden muß. Dem Gläubiger kann also immer unter der gesetzlichen Voraussetzung, daß er das Pfand in Händen habe, — diese Einwendung der unterlassenen Ausübung des Pfandrechtes nie, also auch nicht bey Geltendmachung seines Forderungsrechtes mit Wirksamkeit entgegen gestellt werden, und eben dadurch ist auch das Forderungsrecht vor der Verjährung geschützt.

Es lag aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers selbst in dem Falle, als der Gläubiger zur Sicherstellung der Forderung ein Pfand in Händen hat, das Recht der Forderung in seinem ganzen Umfange gegen die Verjährung zu schützen; sondern es sollte dem Forderungsrechte dieser Schutz nur in dem Umfange gewährt werden, als der gesetzliche Grund der Ausnahme von der allgemeinen Regel diese Ausnahme selbst rechtfertiget, und dieß geschieht ganz gewiß nur in so ferne, als die Forderung durch das Pfand gedeckt ist, also durch das Pfand selbst, in seinem Werthe, berichtiget werden kann. Da nun nach dem Vorausgesagten die Ausübung des Pfandrechtes im gesetzlichen Sinne dieses Ausdruckes eben der rechtliche Weg und das zweckmäßige Mittel ist, die Berichtigung der Forderung gerade in diesem Umfange, als selbe durch das Pfand gedeckt ist, also den Werth des Pfandes nicht übersteigt, möglich zu machen; und da ferner eben in der Gestattung dieser Ausübung des Pfandrechtes nothwendig auch die Gestattung der

der Ausübung des Forderungsrechtes darin bestehend, die Berichtigung der Forderung aus dem Erlöse für das Pfand in so weit derselbe reicht, also in so weit die Forderung den Werth des Pfandes nicht übersteigt, mitbegriffen ist: so konnte der Gesetzgeber, um den Umfang der Ausnahme treffend zu bezeichnen, keinen passenderen Ausdruck gebrauchen, als die Einwendung der unterlassenen Ausübung des Pfandrechtes für wirkungslos zu erklären.

Die nächste Folge dieser Unzulässigkeit der gedachten Einwendung ist die, daß der Gläubiger ungeachtet der abgelaufenen Verjährungszeit sein Pfandrecht ausüben, also nach §. 461 die gerichtliche Feilbiethung des Pfandes einleiten, und da selbe nur zu dem Zwecke gestattet ist, aus dem Erlöse die Berichtigung der Forderung, in so weit sie durch denselben gedeckt ist, verlangen, also das Recht der Forderung, in so weit sie den Werth des Pfandes nicht übersteigt, ausüben kann. —

Durch die im Gesetze angewendeten Ausdrücke wurde der Umfang der in Betreff des Forderungsrechtes von der allgemeinen Regel der Verjährung gemachten Ausnahme genau und bestimmt bezeichnet. Das Forderungsrecht wird also von der Verjährung nur dann geschützt, wenn selbes durch Ausübung des Pfandrechtes an dem in Händen des Gläubigers befindlichen Pfande selbst geltend gemacht werden will, und nur in dem Umfange als die Geltendmachung auf die bezeichnete Weise möglich, also die Forderung den Werth des Pfandes nicht übersteigt, und es unterliegt der Verjährung nach der allgemeinen Regel, wenn es auf einem andern Weg als durch Ausübung des Pfandrechtes, also nicht auf das in Händen des Gläubigers befindliche Pfand, und in einem den Werth des Pfandes übersteigenden Betrage geltend gemacht werden wollte. So deutlich und bestimmt dieses Letztere schon aus der Stylisirung der Ausnahme hervorgeht, wenn man nur die gebrauchten Ausdrücke in dem Sinne nimmt, in welchem sie der Gesetzgeber allein genommen haben konnte; so bestimmt doch das Gesetz im Schlußsatze des §. 1483 noch ausdrücklich, daß in so ferne die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, dieselbe inzwischen durch Verjährung erlöschen könne.

Der §. 1479 enthält die allgemeine Norm, daß ein jedes

Recht, also auch das Recht einer Forderung durch Verjährung erlöschen könne. Das Forderungsrecht unterliegt also der Verjährung ohne Unterschied, ob für die Forderung ein Pfand bestellt wurde oder nicht, und in ersterem Falle wieder ohne Unterschied, ob die Forderung den Werth dieses Pfandes übersteige oder nicht. Bey dieser allgemeinen durchgreifenden Norm wäre es wirklich unbegreiflich, wenn der Gesetzgeber im Schlußsatze des §. 1483 diese Bestimmung rücksichtlich desjenigen Theiles der Forderung, der den Werth des für dieselbe bestellten Pfandes übersteigt, noch einmahl aufstellet. Es ist nicht wahrscheinlich, daß dieses absichtslos geschehen sey, und die Absicht kann in nichts anderem liegen, als um einer irrigen Folgerung aus dem ersten Theile dieses Paragraphes vorzubeugen. Da das Gesetz in diesem ersten Absatze, wenn der Norm des §. 1479 zu Gunsten des Forderungsrechtes eine obwohl in ihrem Umfange genau bezeichnete Ausnahme festgestellt hat, so besorgte man, daß vielleicht diese Ausnahme weiter ausgedehnt werden möchte, als es in der Absicht des Gesetzgebers lag, und suchte einer solchen möglichen Ausdehnung durch eine ausdrückliche Anordnung in dem Schlußsatze vorzubeugen. Will man nicht zugeben, daß im ersten Theile dieses Paragraphes zu Gunsten des Forderungsrechtes eine Ausnahme festgesetzt worden sey; so erklärt man den Schlußsatz desselben offenbar für **zwecklos** hingestellt, was meiner Meinung nach, so lange nicht gerechtfertigt werden kann, als es möglich ist, einen beabsichtigten Zweck dieses gesetzlichen Ausspruches nachzuweisen.

Auch der Mittelsatz des §. 1483 redet der hier vertheidigten Ansicht das Wort; indem er verordnet, daß auch das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, unverjährt bleibe. Der Schuldner hat also ungeachtet der abgelaufenen Verjährungsfrist fortan das Recht, — sein Pfand einzulösen. Unter Einlösung des Pfandes versteht man aber im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Zurücknahme des Pfandes gegen Berichtigung der Forderung, zu deren Sicherstellung das Pfand bestellt worden ist. Da nun der Schuldner sein Recht, das Pfand zurück zu verlangen, nur gegen dem ausüben kann, daß er die Forderung, für welche es bestellt wurde, bezahle; so liefert dieß einen neuen Beweis, daß das Gesetz das Forderungs-

recht des Gläubigers als aufrecht bestehend ansehe, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach der Termination unseres Gesetzes das Recht des Gläubigers auf Erhaltung der Bedingung, an welche das Recht des Schuldners geknüpft worden ist, zu dringen, nähmlich das Pfand nur gegen Berichtigung der Forderung herauszugeben, nur als ein Ausfluß des Forderungsrechtes und nicht als eine Folge des Pfandrechtes angesehen werden könne.

Es entsteht hier die nicht uninteressante Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt; ob dann nach Ablauf der Verjährungszeit der Schuldner, wenn er von seinem Rechte, das Pfand einzulösen, Gebrauch machen will, die Forderung im vollen Betrage, oder nur in jenem Theilbetrage berichtigen müsse, welcher dem Werthe des Pfandes entspricht. Im ersten Momente dürfte man das Letztere glauben, indem das Recht der Forderung im Allgemeinen der Verjährung unterworfen ist, und in dem ersten Absatze dieses §. 1483 nur in soferne eine Ausnahme gestattet wird, als sie den Werth des Pfandes nicht übersteigt; in soferne sie aber denselben übersteigt, erlischt sie durch Verjährung und der Gläubiger kann nicht mehr für berechtiget angesehen werden, ein Recht auszuüben, was durch Verjährung bereits erloschen ist. Es ist allerdings richtig, daß der Gläubiger nicht berechtiget ist, jenen Theil der Forderung, welcher den Werth des Pfandes übersteigt, nach der Verjährungszeit zu fordern; allein ich glaube auch nicht, daß er sich mit dem von dem Schuldner ihm angebothenen auf was immer für eine Weise erhobenen Werthe des Pfandes begnügen müsse; denn es steht ihm unstreitig das Recht zu, ohne Berücksichtigung des von dem Schuldner etwa geschehenen derweiligen Anbothes, um die gerichtliche Versteigerung des Pfandes anzusuchen, und somit durch Ausübung seines Pfandrechtes sich die Berichtigung seiner Forderung in jenem Betrage zu verschaffen, der durch die Feilbiethung erzielt wird. Dieses Recht des Gläubigers kann der Schuldner nicht hindern, es wäre denn, daß er die Forderung im ganzen Betrage bezahle, also das Pfand nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche einlöse. Eine weitere Frage ist die, ob der Schuldner den Gläubiger zur Ausübung des Pfan

tes zwingen könne? Ein dritter Zwang, glaube ich, findet hier nicht Statt; allein es unterliegt keinem Anstande, daß der Schuldner seine eigenthümliche Sache, die er als Pfand bestellt hat, veräußern, und der Gläubiger muß sich dann, wenn die Forderung bereits fällig ist, ohneweiters zufrieden stellen, wenn die Forderung im vollen Betrage bezahlt wird, und muß das Pfand herausgeben, wird aber die Forderung noch nicht fällig, so kann er natürlich weder zur Annahme der Zahlung noch zur Herausgabe des Pfandes rechtlich verhalten werden.

Durch diese von mir versuchte Auslegung des §. 1483 wird jedem Worte des Gesetzes eine bestimmte und zwar eben jene Bedeutung unterlegt, welche dem allgemeinen und dem von dem Gesetzgeber absichtlich gewählten besonderen Sprachgebrauche, sowie der deutlich ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers vollkommen entspricht. Diese Auslegung hat auch noch den Vorzug, daß durch dieselbe die interpretirte Stelle mit den übrigen darauf Beziehung habenden Stellen des systematischen Gesetzes in vollen Einklang gebracht wird. In dieser letzteren Beziehung verdient besonders bemerkt zu werden, daß hiedurch dem Vorwurfe begegnet wird, als ob das allg. bürgl. Gesetzbuch im §. 1483 das rechtliche Bestehen des Pfandrechtes ohne dem rechtlichen Bestande eines Forderungsrechtes für möglich halte.

Ich bin fest überzeugt, daß nach den Grundsätzen unseres allg. bürgl. Gesetzbuches das rechtliche Bestehen des Pfandrechtes den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes als eine unerläßliche Bedingung voraussetze, und will versuchen, diese meine Ansicht durch das Gesetz selbst directe zu begründen, sodann die dagegen erhobenen Bedenken, in soweit sie mir bekannt sind, beantworten.

Das Gesetz handelt von dem Vertrage, wodurch ein Pfandrecht bestellt wird, in dem Hauptstücke „von der Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten“, und zählet im §. 1343 die Verpfändung, also die Abschließung des Pfandvertrages nach §. 1368 unter die rechtlichen Daten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes. Die Sicherstellung einer Verbindlichkeit und die Befestigung eines Rechtes setzt aber nothwendig das Bestehen einer Verbindlichkeit, welche sichergestellt und eines Rechtes, welches

befestiget werden soll, voraus, und indem das Gesetz dem Pfandvertrage eben diese Stelle in seinem System angewiesen hat, scheint es auch klar ausgesprochen zu haben, daß durch diesen Vertrag kein selbstständiges, sondern nur ein, wenn auch neues, doch nie ein anderes bereits bestehendes Recht befestigendes, also ein accessorisches Recht erworben werden kann. Daß aber der Pfandvertrag eine bereits bestehende Verbindlichkeit, als eine unerläßliche Bedingung seiner eigenen Existenz voraussetze, erhellet weiter aus der Bestimmung des §. 1351, welcher sagt, daß Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, weder übernommen noch bekräftiget werden können.

Im §. 447 wird der gesetzliche Begriff des Pfandrechtes dahin aufgestellt, das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird, die Befriedigung zu erlangen. Nach dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung besteht der Zweck des Pfandrechtes, wie oben schon gesagt, in der dem Gläubiger zugesicherten Möglichkeit, seine einstige Befriedigung nöthigenfalls aus der ihm verpfändeten Sache zu erlangen. Die Möglichkeit der Realisirung dieses Zweckes setzt offenbar das Bestehen einer Verbindlichkeit voraus, weil die Erlangung der Befriedigung aus der verpfändeten Sache von der Bedingung abhängig ist, daß die Verbindlichkeit, welche durch das Pfand sichergestellt wurde, zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird. Die Verbindlichkeit muß also nach dieser Definition nicht nur bey der Bestellung des Pfandes bestanden haben, sondern sie muß auch dann noch zu Recht bestehen, wenn das Pfandrecht realisirt werden soll. Die letztere Behauptung findet auch in der Anordnung des §. 461 eine neue Bestätigung, indem nach derselben der Gläubiger nur dann um die Feilbiethung des Pfandes gerichtlich ansuchen darf, wenn er nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt worden ist, also die Forderung noch aufrecht besteht. —

Im §. 449 heißt es weiter, daß das Pfandrecht sich

zwar immer auf eine gültige Forderung beziehe rc. Wenn aber das Gesetz selbst sagt, daß sich das Pfandrecht immer auf eine gültige Forderung beziehe, so muß doch gewiß das rechtliche Bestehen einer Forderung als die unerläßliche Bedingung des Pfandrechtes in so lange vorausgesetzt werden, als nicht für besondere Fälle eine gesetzliche Ausnahme nachgewiesen werden kann.

Nach §. 496 hört das Pfandrecht durch die Tilgung der Schuld auf. Hiernach ist die bloße Abtragung der Schuld allein schon hinreichend, um das Pfandrecht erlöschen zu machen, und der Schuldner ist berechtiget alsogleich die Rückstellung des Pfandes nach §. 471 des Gesetzbuches zu fordern.

Das Gesetz bezeichnet endlich in dem ganzen Hauptstücke von dem Pfandvertrage so wie in den §§. 1368 und 1483 den Pfandberechtigten stets als einen Gläubiger. Ein Gläubiger in gesetzlichem Sinne kann aber nur derjenige genannt werden, dem eine nach dem Gesetze aufrechte Forderung zusteht, und er hört in dem Momente auf, Gläubiger zu seyn, in welchem die Forderung auf was immer für eine rechtliche Weise erlischt. Ganz consequent nimmt das Gesetz auch an, daß ein Schuldner das Pfand entweder selbst, oder daß es ein anderer, aber für ihn bestelle. Ein Schuldner im gesetzlichen Sinne ist aber nur der, welcher eine gesetzlich angewiesene Verbindlichkeit zu erfüllen hat, ist die Verbindlichkeit auf was immer für eine Weise erloschen; so hört er auf Schuldner zu seyn. Durch diese von dem Gesetze sorgfältig beobachtete Wahl der Ausdrücke wird abermahls dargethan, daß das Gesetz in diesem Verhältnisse das rechtliche Bestehen einer Forderung auf Seite des Pfandberechtigten und einer entsprechenden Verbindlichkeit auf Seite desjenigen, der das Pfand im eigenen Nahmen bestellt hat, oder für den es von einem Dritten bestellt worden ist, immer voraussetze.

Ich glaube sonach den Schluß directe aus dem Gesetze gerechtfertiget zu haben, daß nach den Principien unseres a. b. G. B. das rechtliche Bestehen des Pfandrechtes durch das rechtliche Bestehen des Forderungsrechtes bedingt sey, und daß mit dem Hinwegfallen des Letzteren auch das Erstere nothwendig erlösche. — Ist aber dieser Schluß richtig, so muß man weiter zugeben, daß dasselbe Ge-

setz in allen Fällen, in welchen es den aufrechten Bestand des Pfandrechtes anerkennt, auch den aufrechten Bestand des Forderungsrechtes anerkennen müsse, weil man sonst das Gesetz einer seinem aufgestellten Begriffe zuwiderlaufenden Terminologie beschuldigen würde.

Diese meine Behauptung, daß das Pfandrecht ohne Forderungsrecht rechtlich nicht bestehen könne, wird aber bestritten. Es wird zwar zugegeben, daß das Pfandrecht in seinem Entstehen durch den rechtlichen Bestand einer Forderung bedingt sey; allein es wird behauptet, daß dasselbe dann, wenn es einmahl bestellt ist, ohne dem Forderungsrechte ganz wohl bestehen könne, und man beruft sich bey Rechtfertigung dieser Behauptung insbesondere auf die §§. 466, 469 und 1483 des a. b. G. B.

Da ich bereits oben aus dem Gesetze selbst directe nachgewiesen habe, daß das Pfandrecht immer, also sowohl in seinem Entstehen als in der Fortdauer und insbesondere in der Realisirung desselben (§. 461) den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes als die unerläßliche Bedingung seiner Existenz voraussetze; so versuche ich hier nur zu zeigen, daß die angezogenen Paragraphe die erhobene Einwendung nicht rechtfertigen.

Der §. 466 des a. b. G. B. stellet es dem Gläubiger für den Fall, als der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen andern übertragen hat, frey, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen. Der Inhalt dieses Paragraphes zeiget durchaus nicht, daß das Gesetz in demselben das Bestehen des Pfandrechtes ohne Forderungsrecht anerkenne. Im Gegentheile liefert er den schlagenden Beweis, daß selbst in diesem Falle das rechtliche Bestehen des Forderungsrechtes vorausgesetzt werde, weil sonst dem Gläubiger nicht die freye Wahl gelassen werden könnte, erst dieses sein persönliches Recht der Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen und dann an dem Pfande seine Befriedigung zu suchen. Dieser §. 466 zeiget also durchaus nicht, daß das Pfandrecht ohne Forderungsrecht bestehen könne, sondern er zeiget nur, daß das Pfandrecht und das Recht der Forderung in ihrer nächsten

Wirksamkeit gegen verschiedene Personen gerichtet seyn können.

Dieß unterliegt keinem Zweifel; denn das Recht der Forderung ist ein persönliches Recht, und kann seiner Natur nach nur gegen denjenigen geltend gemacht werden, dem die entsprechende Verbindlichkeit oblieget. Das Pfandrecht hingegen ist ein dingliches Recht, steht also dem Berechtigten gegen Jedermann zu, allein zunächst äußert es seine Wirksamkeit nur gegen denjenigen, bey welchem ein besonderer Grund liegt, in dem Verhältnisse, in welchem Jemand zu der verpfändeten Sache steht. Durch die Realisirung des Pfandrechtes wird über die gepfändete Sache eine Disposition getroffen, welche sonst nur dem Eigenthümer derselben zusteht, wornach sich zeiget, daß das Pfandrecht zunächst seine Wirksamkeit gegen den Eigenthümer des Pfandes äußert. Ist der Eigenthümer des Pfandes zugleich der Schuldner, so steht dem Gläubiger das persönliche Recht der Forderung und das Pfandrecht in seiner nächsten Wirksamkeit gegen eine und dieselbe Person zu. Allein der Eigenthümer des Pfandes kann auch eine von dem Schuldner verschiedene dritte Person seyn, wenn nach §. 450 des a. b. G. B. gleich ursprünglich eine dritte Person seine eigenthümliche Sache für den Schuldner verpfändet, oder wenn nach §. 466 eine dritte Person in der Folge das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirkt. In beyden Fällen ist es wohl richtig, daß das Pfandrecht nur gegen den Eigenthümer des Pfandes zunächst geltend gemacht werden kann; allein eine andere Folge als eben diese nächste Richtung der Wirksamkeit liegt in der Absonderung der beyden Rechte nicht. Die Natur des Pfandrechtes wird dadurch nicht geändert, und die oben entwickelten allgemeinen Bestimmungen rücksichtlich desselben werden weder beschränkt noch aufgehoben, folglich muß auch in diesem Falle das rechtliche Bestehen des Pfandrechtes durch den rechtlichen Bestand des Forderungsrechtes um so mehr bedingt seyn, als eben der §. 466, wie gezeigt, beyde Rechte als wirklich bestehend voraussetzt.

Ganz besonders auffallend zeigt sich die Richtigkeit des eben Gesagten auf dem practischen Felde bey Realisirung des Pfandrechtes nach §. 461 des a. b. G. B. Ich bin vollkommen überzeugt, daß ein bloßes Gesuch des Pfandgläubigers um gerichtliche Feilbie-

thung des Pfandes nicht hinreiche, dieselbe einzuleiten, sondern daß eine gerichtliche Liquidirung der Forderung nothwendig vorausgehen müsse.

Der §. 461 gestattet dem Pfandgläubiger die Einleitung der gerichtlichen Feilbiethung des Pfandes dann, wenn er nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt worden ist. Diese Bedingung, unter welcher das Gesetz die gerichtliche Feilbiethung des Pfandes allein gestattet, muß wirklich vorhanden seyn, und der Richter vor Ertheilung dieser Bewilligung hierüber die juridische Gewißheit vor sich haben. Das Ansuchen um gerichtliche Feilbiethung einer fremden Sache zu dem Ende, um aus dem Erlöse für dieselbe die Berichtigung einer Forderung zu erlangen, ist offenbar eine Executionsführung und da der Richter im §. 461 des Gesetzbuches ausdrücklich auf die Vorschrift der Gerichtsordnung angewiesen wird, so kommen die in der Gerichtsordnung über die Executionsführung aufgestellten Grundsätze zur Anwendung, was auch durch das Hfd. vom 28. März 1783 Nr. 139 der J. G. S. ausdrücklich bestätiget wird.

Nach der Anordnung der Gerichtsordnung kann aber die Execution nicht ertheilt werden, als über einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag, wenige insbesonders gesetzlich normirte Fälle ausgenommen, welche hier ohne Interesse sind. Der richterliche Spruch oder gerichtliche Vertrag muß dem Richter die juridische Gewißheit geben, daß die Bedingung des §. 461 vorhanden sey. Der Gläubiger hat seiner Pflicht Genüge geleistet, wenn er nachweiset, daß die Verbindlichkeit rechtlich zu Stande gekommen und das Pfand zu deren Sicherstellung bestellt worden sey. Über diese Nachweisung muß der Gegner vernommen werden, sowohl um seine Einwendungen gegen den rechtlichen Bestand der Forderung in ihrem Ursprunge, gegen die Bestellung des Pfandes geltend zu machen, als auch etwa nachzuweisen, daß der Gläubiger befriedigt worden sey. Nach der gerichtsordnungsmäßig gepflogenen Verhandlung wird der richterliche Spruch oder auch ein gerichtlicher Vergleich die juridische Gewißheit herstellen, ob die Bedingung des §. 461 vorhanden sey oder nicht, und nur im ersten Falle kann die Execution bewilliget werden.

Dieses Verfahren ist im Gesetze ausnahmslos vorgeschrie-

ben und man findet keinen Unterschied, ob der Eigenthümer des Pfandes zugleich der Schuldner, oder ob er eine von dem Schuldner verschiedene dritte Person ist, es muß also in allen Fällen zur Anwendung kommen, und die gerichtliche Liquidirung der Forderung der Bewilligung zur Feilbiethung des Pfandes immer vorausgehen, also auch der rechtliche Bestand der Forderung erwiesen seyn.

Was insbesondere das rechtliche Verhältniß des Gläubigers zu dem Eigenthümer des Pfandes dann betrifft, wenn dieser eine von dem Schuldner verschiedene dritte Person ist, so dürfte sich nachweisen lassen, daß dem Gläubiger gegen denselben nicht nur das Pfandrecht zunächst, sondern mit einer gewissen Beschränkung auch ein Forderungsrecht zustehe; diese dritte Person verpflichtet sich nähmlich durch die Bestellung des Pfandes für eine fremde Schuld zu gestatten, daß der Gläubiger, wenn diese Schuld zur bestimmten Zeit nicht berichtiget werden sollte, seine Befriedigung aus dem bestellten Pfande suche. Da es nun in rechtlicher Beziehung gewiß ganz dasselbe ist, ob jemand sich verpflichte, eine fremde Schuld mit seinem Gelde zu bezahlen, oder zu gestatten, daß eine ihm eigenthümliche Sache veräußert, und mit dem Erlöse diese fremde Schuld berichtigt werde; so unterliegt es keinem Zweifel, daß diese dritte Person eben durch die Bestellung des Pfandes eine Zahlungspflicht übernehme, also dem Gläubiger ein Forderungsrecht einräume. Niemanden darf jedoch eine größere Verpflichtung auferlegt werden, als er zu übernehmen ausdrücklich oder stillschweigend erklärte. Durch Bestellung des Pfandes aber erkläret der Eigenthümer desselben die fremde Schuld nur insofern berichtigen zu wollen, als diese Berichtigung durch das bestellte Pfand möglich ist, es kann also dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegen ihn nur in so ferne zuerkannt werden, als die Berichtigung der Forderung durch das bestellte Pfand selbst möglich ist, also durch die Ausübung des Pfandrechtes herbeygeführt werden kann.

Eben durch diese Beschränkung unterscheidet sich das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner von dem gegen den Pfandbesteller, wenn er eine von dem Schuldner verschiedene dritte Person ist. Der Pfandbesteller haftet nur mit dem Pfande, geht es ohne

sein Verschulden zu Grunde oder wird es dem Verkehre entzogen, so haftet er nicht weiter, und das Forderungsrecht gegen ihn ist wegen der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung erloschen; eben so wenig haftet er für jenen Betrag der fremden Schuld, der den Werth des Pfandes übersteigt, weil er sich durch Bestellung des Pfandes nur zur Berichtigung desjenigen Theiles der Forderung verpflichtet hat, der durch das Pfand selbst gedeckt erscheint.

Es dürfte sonach erwiesen seyn, daß auch bey der nach §. 450 und §. 466 des a. b. G. B. möglichen Absonderung des Pfandrechtes von dem Rechte der Forderung der rechtliche Bestand des Forderungsrechtes zur Existenz des Pfandrechtes unerläßlich sey und insbesondere bey Ausübung des Pfandrechtes nach §. 461 strenge nachgewiesen werden müsse. Die Berufung auf den §. 466 des a. b. G. B. scheint somit die gegentheilige Ansicht nicht zu rechtfertigen.

Der weiters berufene §. 469 des a. b. G. B. bestimmt in der hieher Beziehung habenden Stelle Folgendes: Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld alein nicht hinreichend. Ein Hypothekar-Gut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist."

Diese Anordnung ist eine ganz consequente Folgerung aus dem §. 451 des a. b. G. B. Da in demselben zur Erwerbung des Hypothekarrechtes die Einverleibung der Schuldurkunde in das öffentliche Buch als eine unerläßliche Bedingung erfordert wird: so war es ganz consequent die Erlöschung des Hypothekarrechtes von der Löschung der Urkunde selbst abhängig zu machen. Es ist zwar nach §. 451 zur Erwerbung des Pfandsrechtes auf eine bewegliche Sache die Übergabe derselben an den Gläubiger erforderlich, und doch hört nach §. 469 das Pfandrecht schon mit der Tilgung der Forderung auf, ungeachtet das Pfand selbst in den Händen des Pfandgläubigers bleibet. Der Grund dieses Unterschiedes liegt in dem Wesen des Hypothekarinstitutes. Soll dasselbe seinem segensreichen Zwecke entsprechen, so darf das in die öffentlichen Bücher gestellte Vertrauen nie getäuscht werden. Um die Wirkung der angezogenen Stelle des §. 469 des a. b. G. B. vollkommen würdigen zu können, muß das Verhältniß des Schuldners zu dem Gläubiger und jenes desselben zu dritten Personen

wohl unterschieden werden. In ersterer Beziehung unterliegt es keinem Zweifel, daß der Schuldner nach Berichtigung seiner Schuld oder auch nach erwiesener Erlöschung derselben durch Verjährung, unter alleiniger Nachweisung eines dieser beyden Umstände dem Gläubiger gegenüber die Löschung der Hypothek selbst nöthigenfalls im Rechtswege erzwingen könne. Allein anders ist es gegenüber dritten Personen, welche nach der Tilgung der Schuld oder nach Erlöschung derselben durch Verjährung auf der noch haftenden Hypothek ein bücherliches Recht erworben haben. Diese Personen handeln im Vertrauen auf das öffentliche Buch und können nach §. 1500 des a. b. G. B. aus diesem Grunde nicht zu Nachtheil kommen. Da aber nach den Grundsätzen unseres Gesetzes und insbesondere nach der im ersten Absatze dieses §. 469 desselben aufgestellten durchgreifenden Regel das Pfandrecht im Allgemeinen, worunter auch das Hypothekarrecht verstanden ist, mit der Tilgung der Schuld erlischt; so war zur Aufrechthaltung des Credites der öffentlichen Bücher die Aufstellung einer Rechtsfiction unerläßlich, und es wird daher in obiger Gesetzesstelle eine **praesumtio juris et de jure** dahin aufgestellt, daß das Hypothekargut so lange verhaftet bleibe, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.

Es entsteht nun die Frage, ob durch diesen Gesetzesausspruch nur das Hypothekarrecht allein, oder ob auch das dieselbe begründende Forderungsrecht als noch zu Recht bestehend anerkannt werden müsse. Ich glaube das letztere, denn in dem öffentlichen Buche ist nicht nur eingetragen, daß das betreffende Gut belastet sey, sondern in demselben ist die Verbindlichkeit selbst, welche sichergestellt ist, beschrieben und eingetragen, und es unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, daß jenen Personen, welche auf diese Haftung Rechte erworben haben, alle jene Einwendungen entgegen gesetzt werden können, welche die einverleibte Urkunde selbst an die Hand gibt; sie erwerben also nur ein Recht auf jene Rechte, welche dem Gläubiger nach Inhalt des öffentlichen Buches selbst zustehen, und können sie auch nur in so ferne geltend machen, als dieser sie nach Inhalt des öffentlichen Buches geltend machen könnte. Nun kann aber nach dem Vorausgehenden das Pfandrecht überhaupt, also auch das Hypothekarrecht nur unter Nachweisung des rechtlichen Bestandes der Forderung geltend gemacht, ausgeübt werden; also können auch diese dritten Perso-

nen das im geeigneten Wege erworbene Hypothekarrecht nur unter dieser Voraussetzung realisiren. Es muß daher, wenn die Aufrechthaltung des Hypothekarrechtes einen rechtlichen Erfolg haben soll, nothwendig auch das Recht der durch dasselbe versicherten Forderung aufrecht erhalten werden. Ich glaube demnach, daß in diesem Schlußsatze des §. 469 nicht nur das Hypothekarrecht, sondern auch das Recht der Forderung für so lange als aufrecht bestehend anerkannt wird, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, daher auch in dieser Gesetzesstelle die gegentheilige Behauptung keinen Anhaltspunct findet.

Daß in dem §. 1483 der rechtliche Bestand des Forderungsrechtes mit dem Pfandrechte gesetzlich ausgesprochen sey, wurde oben nachgewiesen.

In der Vertheidigung der Ansicht, daß das Pfandrecht auch ohne Forderungsrecht fortbestehen könne, wird noch angeführt, daß im §. 469 des a. b. G. B. zur Erlöschung des Pfandrechtes die Tilgung der Schuld erfordert werde. Die Versicherung der Schuld sey aber keine Tilgung, somit können ungeachtet des Ausspruches im §. 469 das Pfandrecht noch fortbestehen, wenn das Forderungsrecht auch schon durch Verjährung erloschen ist. Daß in Beziehung auf die Erlöschung des Pfandrechtes die Erlöschung der Forderung durch Verjährung ganz dieselbe Wirkung äußere, wie die Tilgung derselben, beweisen insbesondere die Hofdecrete vom 15. März 1784 N. 265 der J. G. S. und vom 20. Nov. 1818 Nr. 1529 der J. G. S., nach welchen die Löschung einer Hypothek über Ausweisung der vollendeten Verjährung der Forderung ebenso bewilliget werden muß, als über eine löschungsfähige Quittung über die Tilgung derselben. Ein gesetzlicher Unterschied besteht nur darin, daß eine getilgte und nochmahl bezahlte Forderung als indebite bezahlt zurückgefordert werden kann, was bey einer verjährten Forderung nicht der Fall ist. (§. 1432 das a. b G. B.)

Da eine verjährte Verbindlichkeit doch immer eine natürliche Verbindlichkeit bleibt, so wird selbst zugegeben, daß im Falle des §. 1483 doch immer eine natürliche Verbindlichkeit bestehen müsse. Ich habe bereits nachgewiesen, daß in diesem Falle eine gesetzliche und nicht bloß natürliche Verpflichtung bestehe, und

bemerke hier nur, daß das Gesetz eine verjährte Forderung darum nicht verstanden haben konnte, weil die rechtliche Durchsetzung einer verjährten Forderung gesetzlich nicht gestattet ist, das Gesetz aber diesem Grundsatze zuwider die gerichtliche Durchsetzung der verzögerten Forderung durch die Ausübung des Pfandrechtes gestatten würde.

Gegen die hier versuchte Auslegung des §. 1483 wird noch eingewendet, daß man bey derselben die Ungereimtheit annehme, daß je nachdem der Werth der verpfändeten Sache fällt oder steigt, die Forderung zum Theile bald verjährt, bald wieder nicht verjährt sey. Ich erlaube mir dagegen zu bemerken, daß nach meiner Auslegung das Recht der Forderung nur in so ferne aufrecht erhalten werde, als es durch die Ausübung des Pfandrechtes realisirt werden kann; den Betrag, in welchem dieses geschieht, zeiget der Moment der ordnungsmäßig eingeleiteten Feilbiethung des Pfandes, ich glaube daher daß die Forderung im vollen Betrage aufrecht erhalten sey, und daß der Moment dieser öffentlichen Feilbiethung erst zeiget, ob ein Theil derselben durch die Ausübung des Pfandrechtes nicht eingebracht werden kann, somit als der den Werth des Pfandes übersteigende Theil derselben durch Verjährung erloschen sey. Vor der Feilbiethung des Pfandes kann man also nicht bestimmen, ob ein Theil der Forderung durch Ausübung des Pfandrechtes nicht einbringlich sey, und es ist also vor diesem Momente die Möglichkeit der Erlöschung eines Theiles der Forderung durch Verjährung nicht nachgewiesen und die Erlöschung selbst tritt eben so erst in diesem Momente und nicht früher ein. Es gibt Beyspiele, daß manche Gegenstände bey öffentlichen Feilbiethungen weit über ihren gewöhnlichen Werth an den Mann gebracht werden und Niemand zweifelt, daß in einem solchen Falle der Pfandgläubiger aus dem Erlöse die Berichtigung seiner ganzen Forderung verlangen könne, obwohl dieselbe durch den gewöhnlichen Werth des Pfandes vielleicht nur zur Hälfte gedeckt wäre. Dieß dürfte wohl Beweis genug seyn, daß in dem §. 1483 unter dem Werthe des Pfandes nur der bey der ordentlich eingeleiteten öffentlichen Feilbiethung erzielte Erlös für das Pfand verstanden seyn könne. — Der gegentheilige Einwurf würde auch nur dann von Wirkung seyn, wenn die Forderung den gewöhnlichen Werth des Pfandes übersteigt, es

scheint ihm also auch an der Allgemeinheit seiner Anwendung zu mangeln. — Endlich wird nach der gegentheiligen Auslegung des §. 1483 dem Pfandrechte auch die Wirkung beygelegt, daß der Gläubiger Kraft desselben aus dem Pfande die Berichtigung seiner Forderung erlangen könne. Dieses Recht des Gläubigers ist ebenfalls durch den Werth des Pfandes begränzt, erstrecket sich also je nachdem dieser Werth des Pfandes steigt oder fällt, auf einen höheren oder geringeren Betrag und ist somit demselben Einwurfe ausgesetzt.

Das Recht der Forderung wird in dem §. 1483 nur in so ferne aufrecht erhalten, als es durch Ausübung des Pfandrechtes realisirt werden kann. Geht das Pfand zu Grunde oder wird es dem Verkehre entzogen; so erlischt nothwendig auch das Forderungsrecht und zwar aus zwey Gründen; erstens: weil sodann der Gläubiger das Pfand nicht mehr in Händen hat, oder im zweyten Falle die verpfändete Sache wenigstens als Pfand nicht mehr ansehen kann, und die ganze Ausnahme des §. 1483 an diese Bedingung geknüpft ist, also mit Hinwegfallung der Bedingung auch das Bedingte wirkungslos wird; und zweytens weil in beyden Fällen die Ausübung des Pfandrechtes in Betreff dieser Sache und somit auch die nur dadurch gesetzlich zulässige Realisirung des Forderungsrechtes unmöglich wird. Hieraus folget aber, daß auch nach der hier vertheidigten Ansicht das Recht der Forderung mit dem Untergange des Pfandes erlöschen müsse.

Auch eine Ansicht

über die Anwendbarkeit der §§. 367 und 456 des a. b. G. B. auf Scheinverkäufe zur Eludirung gerichtlicher Pfändungen, dann über die Redlichkeit oder Unredlichkeit des durch Stellvertreter erworbenen Besitzes.

Vom

Herrn Dr. Leopold Schiestl.

Herr Dr. von Wildner bespricht (Band 6, Heft 3 dieser Zeitschrift) den immer mehr um sich greifenden Unfug der Eludirung gerichtlicher Mobilarpfändungen durch fingirte Eigenthumsübertragungen, und empfiehlt als Mittel zur Ausrottung dieser Scheinverkäufe, die (wie er meint) in der Praxis noch zu wenig beachtete Anwendung der §§. 367 und 456 des a. b. G. B., wodurch der redliche Pfandinhaber (Exequent) gegen die Eigenthumsklage des Scheinkäufers hinlänglich geschützt sey.

Uns aber will es bedünken, als liege der Grund des Übels weniger in der Nichtbeachtung der fraglichen Gesetzesparagraphe, als vielmehr in den vom Eludenten der Anwendbarkeit derselben entgegengesetzten Hemmnisse. Gewiß sind die vom Hrn. Autor dargestellten Gründe für die Ansicht, daß die §§. 367 [1]) und 456 [2]) auch

[1]) Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache — — — gegen Entgeld von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauch, zur Verwahrung oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte.

[2]) Wird eine fremde, bewegliche Sache ohne Einwilligung des Ei-

auf den redlichen Exequenten gegenüber dem (wahren oder scheinbaren) Eigenthümer der in der Verwahrung und Innhabung des Executen gelassenen Sache anwendbar sey, so überzeugend und unwiderleglich, daß sie auch **in praxi** längst durchgedrungen haben. Da jedoch hiebey vorausgesetzt wird, daß der Exequent ein redlicher Pfandbesitzer sey, d. i. zur Zeit der Pfändung von dem vorausgegangenen Verkaufe nichts wisse, so wird mit dem angepriesenen Heilmittel in der Regel wenig geholfen seyn, da man schon für das Nichteintreten dieser Voraussetzung zu sorgen weiß und zu sorgen pflegt.

Man wartet nähmlich mit der Verständigung des Exequenten von der geschehenen Eigenthumsübertragung nicht erst bis zur Zustellung der Exscindirungsklage, Gott bewahre! Gemeiniglich hält man derley Verkaufsurkunden und ähnliche — aus der unsauberen Pandorabüchse winkelschreiberscher Afterjurisprudenz hervorgegangene Machwerke dem Pfändungswerber fast schon auf der Thürschwelle unters Auge. Der angebliche Übergabsact steht in bester Form Rechtens geschlossen auf dem Papier. Zwey darauf prangende Zeugen bestätigen die symbolische — oder gar körperliche Tradition: nur in Verwahrung wurde die Sache noch beym Verkäufer gelassen!

Wie nun? wie verhält es sich jetzt mit der Redlichkeit unseres Exequenten? wird er nunmehr sagen können, er habe die Pfändung in Unkenntniß des fremden Eigenthumsrechtes vorgenommen? wird ihn nicht der Pfändungsbericht und die Pfandbeschreibung des Gerichtsdieners mit der beygefügten Anmerkung des fremden Eigenthumsanspruches des Gegentheils überweisen? und was nützt ihm nun seine Berufung auf die §§. 367 und 456, deren Grundbedingung — der redliche Glaube — nicht vorhanden ist.

---

genthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht sie zurück zu fordern, aber in solchen Fällen, in welchen die Eigenthumsklage gegen einen redlichen Besitzer nicht Statt hat (§. 367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen.

Man wird hoffentlich nicht einwenden, der Executionsführer sey dennoch redlichen Glaubens, weil er die angebliche Eigenthumsübertragung für eine fingirte — rechtlich nicht gültige, ansehe. Denn bey Beurtheilung der Redlichkeit kommt es nicht so fast auf die innere — subjective Überzeugung, als vielmehr auf die objectiven Momente an, welche diese oder jene Ansicht als die gegründete darstellen. Wer aus wahrscheinlichen Gründen — heißt es im §. 326 des a. b. G. B. — die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer, und welcher weiß, oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die Sache einem Andern zugehöre, — ein unredlicher. Was hat nun im gegebenen Falle und bey vorausgesetzter Sachlage der Exequent dafür zu halten? Ist — in abstracto genommen — aus den Umständen zu vermuthen, daß die Angabe des geschehenen Verkaufes — zumahl wenn sie urkundlich bestätigt wird — erlogen, und nur ein Kniff zur Eludirung der gerichtlichen Pfändung sey? Spricht die Vermuthung dafür, daß sich zwey Personen — der Exequt und Käufer — zur Prellung des Exequenten und Täuschung des Gerichts verabreden, somit eigentlich zu einer betrüglichen — offenbar dem Strafgesetze anheimfallenden Handlung conspiriren? Selbst aus dem Umstande, daß solche fraudulöse Scheinhandlungen irgendwo und irgendwann häufig im Schwunge wären, ist noch kein Schluß auf den concreten Fall zu ziehen, da ja darum, weil zehn Executen Schelme sind, nicht die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß auch der Eilfte von gleichem Schlage sey.

Gesetzt aber, es wären wirklich objective Gründe in concreto vorhanden, welche ein betrügliches Scheingeschäft voraussetzen ließen: so hätte der Exequent sicher ein viel leichteres Spiel, vor dem inquisitorisch verfahrenden Strafrichter sein Recht zu verfolgen, wo er dann eher, als im Civilwege durch Geltendmachung seiner Redlichkeit, — zum Ziele gelangen und die ihm von Gegenseits gelegte Mine durch die Contramine der Betrugsentlarvung unschädlich machen kann.

Der §. 428 des a. b. G. B. und die darin ausgesprochene Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes kann ihm hier, wo Vermuthungen durch Thatsachen überwogen werden, wenig nützen. Denn Thatsache ist es, daß ihm die geschehene Eigen-

thumsübertragung vor der Pfändung bekannt gemacht wurde. Für die innere Unwahrheit solcher Angaben streitet keine Vermuthung. Sie geben ihm vielmehr gegründeten Anlaß, an dem Eigenthum des Executen zu zweifeln, und untergraben daher die Redlichkeit seines Besitzes. Eine Fiction ist, so lang sie nicht erweislich vorliegt, nicht anzunehmen: liegt sie aber vor, so ist die Eigenthumsklage von vornherein beseitigt, und er bedarf dann nicht erst der Berufung auf die Redlichkeit seines Besitzes.

Ich wollte durch vorstehende Bemerkungen nur zeigen, daß bey der Art, wie gewöhnlich bey derley Pfändungs-Elusionen manipulirt wird, die Schuld ihres Überhandnehmens nicht der Praxis und der Nichtbeachtung der §§. 367 und 456 beyzumessen ist.

Ich glaube auch kaum, daß die — in der That längst zum dringendsten Bedürfnisse gewordene Abhülfe dieses Übels in einer Gesetzesreform zu suchen sey, — und daß dießfalls unsere Civil- sowohl als Strafgesetze irgend ein gegründeter Vorwurf der Unzweckmäßigkeit oder Mangelhaftigkeit treffen könne.

Unstreitig fallen die fraglichen Scheinverkäufe ihrer Absicht und Wirkung nach in den Bereich des Betruges. Da sie schon der Größe des Schadens nach in den meisten Fällen sich zu einem Verbrechen qualificiren, dürfte für die zureichende Straffanction hinlänglich gesorgt seyn, indem die geringste criminelle Betrugsstrafe — sechsmonathlicher Kerker (von den Fällen der §§. 48 und 49 Str. G. B. I. Thl. abgesehen) als ein Übel erscheint, mit welchem der durch das Verbrechen zu erzielende Vortheil — die Pfändungs-Elusion — meistens nicht in Verhältniß steht, zumahl wenn man auf den sich zum Nahmensträger hergebenden Scheinverkäufer Rücksicht nimmt.

Liegt also der Grund des Übels nicht im Strafgesetze selbst, so kann er in kaum etwas anderem als im Mangel der Handhabung zu suchen seyn. Was nützen strenge Gesetze, wenn sie des prompten, sicheren Vollzuges entbehren? wenn die Straflosigkeit solcher Fictionen beynahe zu einem stehenden Artikel der Pönalchronik geworden ist, — wenn Anzeigen über derley Fälle, sobald der Denunciant die Inzichten dem Richter nicht schon auf flachem Teller credenzt (und wie oft wäre dieß möglich?), rundweg und a limine zurückge-

wiesen werden — wenn der Richter über die Frage: ob eine Untersuchung und Thatbestandsaufnahme einzuleiten sey? nicht mehr nach dem §. 229, sondern nur allenfalls nach den §§. 258 und 281 Str. G. B. I. Thl. sich umsieht?!

Es dürfte also auch dießfalls, so wie in manchen andern Puncten — aus der energischeren Handhabung der Strafgesetze am nächsten Heil zu erwarten seyn. Ob nicht eine strengere Wachsamkeit gegen das schleichende Gift der Winkelschreiberey auch hieher, so wie in manchen andern Beziehungen — einen günstigen Einfluß hätte, möge jeder Sacherfahrne selbst beurtheilen.

Der factische Theil vorstehender Erörterungen gibt auch noch zu einer andern Rechtsfrage Anlaß, die ich hier im Nachhange besprechen will.

Häufig trifft es sich nähmlich, daß nicht der Gläubiger selbst, sondern ein Stellvertreter desselben der Pfändungsvornahme beywohnt. Es frägt sich nun, ob die Verständigung dieses Bevollmächtigten von der vorausgegangenen Eigenthumsübertragung der zu pfändenden Mobilien den Exequenten zum unredlichen Besitzer mache oder nicht?

Aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß der Machthaber den Machtgeber vorstelle, aus der Idee der zwischen ihnen bestehenden Personeneinheit scheint wohl die Folgerung zu fließen, daß bey Beurtheilung der Rechtswirkungen des vom Machthaber für den Exequenten geführten Pfändungsgeschäftes auf die gesammte, *innere* sowohl als *äußere* Causalität des Machthabers Rücksicht genommen, folglich auch sein redlicher oder unredlicher Glaube in Anschlag gebracht werden müsse. So wie überhaupt *sein* Handeln die Quelle der Rechtserwerbung für den Mandanten bildet, müssen auch alle Momente und Attribute dieses seines Handelns bey Beurtheilung der Rechtswirkungen desselben in Frage kommen. So wie es bey der Bestimmung, ob der Besitz ein recht- oder unrechtmäßiger, — ein echter oder unechter ist? — auf die Handlungsweise des Machthabers ankommt, wird in gleicher Weise auch *seine* Handlungsweise über Redlichkeit oder Unredlichkeit entscheidend seyn.

Wollte man für das Gegentheil den Grund angeben, daß Redlichkeit und Unredlichkeit etwas Inneres — Subjectives sey, das keine Stellvertretung zulasse; — so kommt hiewieder zu bedenken, daß der Machthaber keine Maschine zur Ingangsetzung bloß physischer Kräfte, sondern daß er ein vernünftig-freyes Organ sey, bey dem auch das geistige Moment seines Wirkens in Frage kommt. Hängt ja überhaupt die Besitzerwerbung durch Stellvertreter gerade von der Absicht des Letzteren ab, für den Manbanten erwerben zu wollen! — Entscheidet also über die Erwerbung selbst unstreitig dieser animus — folglich ein geistiger Act des Stellvertreters; — warum sollte nicht auch bezüglich der Modalität dieser Erwerbung — ob sie als redliche oder unredliche zu behandeln sey? — die Gesinnung des Stellvertreters in die Wagschale der Entscheidung fallen?

Hat ihn der Exequent nicht als einen mechanischen Automaten zum bloßen Zusammenraffen der in Pfändung zu ziehenden Gegenstände, sondern als vernünftiges Organ zur recht- und gesetzmäßigen Vornahme des Pfändungsactes abgeschickt: so hat er ihn implicite auch zur Anhörung und Würdigung der dem Pfanderwerbe entgegenstehenden Bedenken und Hindernisse bevollmächtigt, kann folglich dieselben hinterher nicht als ihm verborgen gebliebene ignoriren. Will der Committent auf das Prädicat eines redlichen Besitzerwerbers Anspruch machen, so muß er der Vollmacht zum Erwerbe die natürliche Beschränkung beyfügen, daß nicht auf eine erkennbar fremde Sache gegriffen werde. Hat nun der Mandatar im Bewußtseyn, daß die Sache eine fremde ist, dennoch davon Besitz genommen: so hat er die obberührte Schranke seiner Vollmacht offenbar überschritten. Eine überschrittene Vollmacht kann zwar der Mandant in so ferne nachträglich genehmigen, als es sich um sein eigenes Interesse handelt, nicht aber zum Präjudiz des Rechtes dritter Personen. Wollte nun in unserm Falle der Exequent die von seinem Machthaber im Bewußtseyn des darauf haftenden fremden Anspruches gepfändete Sache wirklich als Pfand für sich vindiciren: so liefe dieß offenbar auf eine nachträgliche Genehmigung der illoyalen — vollmachtswidrigen Pfandoccupation seines Machthabers hinaus, welche — ebenfalls illoyale — Genehmigung ihm

(Machtgeber) nicht die Vortheile des redlichen Besitzes auf Kosten fremder Rechte zueignen kann.

Es scheint also die Behauptung, daß in Bezug auf den redlichen oder unredlichen Besitz eine Vollmacht sich nicht denken lasse und darum der Machthaber den Machtgeber in dieser Beziehung zu repräsentiren nicht geeignet sey*), — unrichtig, da die Redlichkeit des Verfahrens allerdings eine selbstverstandene — stillschweigende Beygabe in der Vollmacht des loyalen Committenten bildet, der sohin die unredliche, daher vollmachtswidrige Occupation des Mandatars nicht nach der Hand sanctioniren und auf Kosten Dritter zu seinem Vortheile ausbeuten darf.

Nehmen wir den analogen Fall eines durch Vollmacht geschlossenen Vertrages, welcher vom Mandatar (ohne Wissen des Mandanten) mittelst einer im Promittenten erzeugten Furcht oder Irrthums zu Stande gebracht wurde. Zweifelsohne wird hier (unter der Bedingung der §§. 870 und 871 des a. b. G. B.) der Gezwungene oder Irregeführte auf die Annullirung des Geschäftes dringen können, ohne sich vom machtgebenden Promissar die Einwendung, daß er um die rechtswidrige Handlung seines Mandatars nichts gewußt habe, entgegensetzen zu lassen. — Nachdem aber dem Zwange und der wirklichen Irreführung der Fall ganz gleichgestellt ist, wenn der Promittent selbst und allein an seinem Irrthume Schuld ist, dieser Irrthum aber dem annehmenden Theile offenbar aus den Umständen auffallen mußte (§. 876 des a. b. G. B.); so wird das vom Machthaber bezüglich des Zwanges und Irreführens Gesagte auch auf den Fall zu beziehen seyn, sobald ihm der vom andern Theile selbst ausgegangene Irrthum erkennbar war. Auch hier ist das Geschäft ungültig, und warum? — wegen Unredlichkeit des Machthabers. — Entscheidet aber hier — bey Verträgen — die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Mandatars über die Wirkungen des Geschäftes: so kann in Betreff der Besitzerwerbung ohne offenbare Inconsequenz nicht das Gegentheil behauptet werden. In beyden Fällen gilt der rechtliche Grundsatz, daß der Mandant aus dem unredlichen Verfahren seines Manda-

---

*) S. Winiw. Commentar 2. Th. S. 58.

tars gegen Dritte keinen Vortheil ziehen, — sich mit dem Schaden eines Andern weder unmittelbar noch durch Mittelspersonen bereichern darf.

Die Richtigkeit meiner Ansicht dürfte auch aus folgender Betrachtung hervorgehen:

Das Gesetz kann es offenbar nicht der Willkühr des Besitzwerbers anheimstellen, ob er als redlicher oder unredlicher Besitzer behandelt seyn wolle? Es liegt im Wesen und Begriffe der Redlichkeit, daß man arglos und ohne Vorbedacht den fraglichen Rechtserwerb nach den gegebenen Umständen für einen durchaus gesetzmäßigen, fremde Rechte nicht beirrenden ansehe. Diese Redlichkeit kann nicht eine durch planmäßige Berechnung und künstliche Voranstalten herbeygeführte seyn: sie ist ein Act des Glaubens, nicht des Wollens. Es läßt sich daher mit dem Grundbegriffe der Redlichkeit nicht vereinbaren, daß sich Jemand in vorhinein willkührlich und absichtlich in einen Zustand sollte versetzen können, wo ihm das Unredlichseyn zur Unmöglichkeit würde; — daß er sich gleichsam mit einer Binde die Augen verhülle, um ein richtiges Anschauen des wahren Sachverhaltes, die Kenntnißnahme fremder, durch seine Besitzerwerbung zu berührender Rechte ein für allemahl zu verhindern. Das Bestreben eines solchen Besitzwerbers, welcher durch das eben beschriebene Mittel sich die Palme der Redlichkeit erringen wollte, wär in der That die absurdeste Gleißnerei, die doloseste Umgehung des Gesetzes.

Und doch scheint es, als könnte nach gegentheiliger Ansicht der Besitzwerber sich eine solche künstliche Redlichkeit schaffen und dadurch alle **beatitudines possessionis** unfehlbar sichern. Es dürfte nähmlich — um bey unserem Falle stehen zu bleiben — der Executionsführer, welcher besorgt, es könnten etwa unter den Mobiliarschaften des Schuldners auch fremde Sachen sich befinden, nur einen Stellvertreter zur Pfändung schicken, da dessen Kenntnißnahme vom fremden Rechtsanspruche nach gegentheiliger Theorie bey Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes gar nicht in Frage kommt. Der Exequent könnte es hienach dem dritten Eigenthümer absolut unmöglich machen, sein Recht durch Manifestirung vor der Pfändungsvornahme zu salviren; da er (Exequent) sich abseits hält und

dadurch, daß sein Stellvertreter vom Anspruche des Dritten überzeugt wird, zu keinem unredlichen Besitzer werden kann [1]).

Würde ein solches Verfahren, wodurch es offenbar in die Hand des Besitzwerbers gegeben wäre, sich der Folgen des unredlichen Besitzes unfehlbar durch Abordnung eines Stellvertreters zu entschlagen, und dritten Berechtigten jede Möglichkeit zur Offenbarung und Salvirung ihres wohlbegründeten Eigenthums — oder sonstigen Anspruches abzuschneiden, vom Gesetze, auf dessen Umschiffung es abzielt, geschützt und sanctionirt: so würde wohl Niemand mehr so unpolitisch seyn, zu einer Pfändung oder überhaupt zu einem Besitzergreifungsact persönlich zu erscheinen, man braucht ja nur einen Stellvertreter zu schicken, um der Gefahr der Behandlung als unredlicher Besitzer für immer zu entgehen [2]). Es wäre dann aber auch der Umgehung des §. 335 und aller übrigen, von den Folgen des unredlichen Besitzes redenden Gesetzesstellen Thür und Thor geöffnet; — eine Consequenz, über welche ein Gesetzausleger wohl nicht gleichgültig hinausgehen darf.

Der Grundsatz endlich, daß die Redlichkeit des Besitzes allerdings nicht ohne Rücksicht auf den Glauben des Machthabers zu

---

[1]) Man kann nicht einwenden, daß obiges Besorgniß (des Executen) für sich schon malam fidem begründe, denn so lange sie bloß eine vage — der objectiven Grundlage entbehrende und sich nicht auf specielle Gegenstände beziehende Vermuthung, — eine Möglichkeitsannahme bleibt: ist das Daseyn einer eigentlichen Unredlichkeit (nach dem Begriffe des §. 326 des a. b. G. B.) noch nicht begründet.

[2]) Es kann nicht auffallen, warum hier überhaupt die Redlichkeitsfrage gerade nur auf den Moment der Pfandoccupation bezogen wird, obgleich sonst der Grundsatz des römischen Rechtes: mala fides superveniens non nocet, bei uns nicht Geltung hat. Denn in den Fällen der §§. 367 und 456 kommt es lediglich darauf an, ob im Zeitpuncte des Erwerbes der Eigenthums- oder Pfandwerber vom fremden Anspruche etwas gewußt hat oder nicht? Nachträgliche Kenntnißnahme hat dießfalls keinen Einfluß mehr, da eine entgeltliche Erwerbung vorausgesetzt wird, und es die Sicherheit des Verkehres erfordert, daß der im redlichen Glauben erworbene Gegenstand dem Erwerber nicht mehr entwunden werden könne.

beurtheilen ist, findet sich ausdrücklich im §. 337 des a. b. G. B. [1]) ausgesprochen. Es scheint mir in dieser Bestimmung keine Ausnahme [2]), sondern ein allgemeiner Grundsatz statuirt zu seyn, der analog auch auf alle andern Fälle der fremden Geschäftsführung anwendbar ist. Der Unterschied zwischen dem Verhältniß der Gemeindeglieder und anderer Committenten zu ihren Machthabern scheint mir keinen zureichenden Grund zu einer verschiedenartigen Behandlung in Betreff der Redlichkeitsfrage zu bilden. Denn wenn auch [3]) Gemeinden schon nach ihrer Verfassung bey Erwerbung und Ausübung ihrer Rechte durch Machthaber vertreten werden, so folgt hieraus höchstens, daß das dießfällige Mandatsverhältniß unter die besondere Controlle der Behörden gestellt ist, daß Bestellung und Widerruf, so wie Inhalt und Umfang der Vollmacht mancherley Beschränkungen unterworfen ist. Darum bleiben aber die Gemeinde-Repräsentanten noch immer Bevollmächtigte; und es ist ein divergirender Einfluß dieses Verhältnisses auf die Redlichkeitsfrage um so weniger abzusehen, als gerade bezüglich der Redlichkeit des Handelns zwischen den Obliegenheiten eines Gemeinde- und sonstigen Bevollmächtigten kein wesentlicher Unterschied besteht, indem ja jedem Machthaber Redlichkeit gegen den Machtgeber sowohl als gegen dritte Personen zur Pflicht gemacht ist. — Der Umstand, daß die Gemeindeglieder nicht selbstständig als solche zu handeln berechtigt, sondern an die Vertretung ihrer Vorsteher gebunden sind, scheint hier um so weniger erheblich, als gerade die gegenseitige Ansicht [4]) Personen, die bezüglich dieser Selbstvertretungsunfähigkeit mit den Gemeinden in gleicher Cathegorie stehen, im fraglichen Puncte nach verschiedenen Grundsätzen behandelt. So will man Kirchen, Stiftungen und andere derley moralische Personen ebenfalls nach der Redlichkeit ihrer Repräsentanten behandelt

---

[1]) Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Nahmen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilt.

[2]) S. Winiw. 2. Th. S. 66.

[3]) S. Winiw. 3. Th. S. 62.

[4]) S. Winiw. 2. Th. S. 66.

wissen, während bey Kindern, Wahnsinnigen, die sich doch auch selbst nicht vertreten können und eines eigenen redlichen oder unredlichen Wollens nicht fähig sind, das Gegentheil behauptet wird.

Der Grund dieser verschiedenartigen Behandlung soll darin liegen, daß die erwähnten Corporationen nach der offenbaren Voraussetzung des §. 1473 des a. b. G. B. [1]) ersitzen können, was, wenn es nicht auf die Redlichkeit ihrer Machthaber ankäme, nicht möglich wäre, da ein redlicher Besitz zur Ersitzung nothwendig, auf sie selbst aber die Idee einer redlichen oder unredlichen Absicht nicht anwendbar ist.

Allein abgesehen davon, daß ein solches Räsonnement schon in so ferne eine Blöße gibt, als man vor der folgerichtigen Anwendung eines vermeintlich richtigen Grundsatzes auf einen darunter genau subsummirbaren Fall bloß darum zurückbebt, weil man hiedurch mit anderen unbestrittenen Rechtsnormen in offenen Widerspruch geriethe; abgesehen davon, daß die Verwicklung in einen solchen Widerspruch eo ipso schon die Richtigkeit des supponirten Grundsatzes zu verdächtigen geeignet ist, würde man dem Gesetze gewiß die grellste Inconsequenz durch die Annahme aufbürden, daß es Personen in einem Puncte, bezüglich dessen sie in ganz gleichen Verhältnissen sich befinden, nach ungleichartigen — ja nach entgegengesetzten Normen behandle. Warum soll bey Kirchen und Stiftungen in Bezug auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes die Gesinnung der Machthaber entscheiden, bey Kindern und Wahnsinnigen aber nicht? Warum soll auf die Ersteren der Grundsatz des §. 337 bloß darum Anwendung finden, damit sie von den Vortheilen der Ersitzung nicht ausgeschlossen seyen? Wo ist ein Grund, die Letzteren hievon auszuschließen? Daß sie das Gesetz auch wirklich nicht ausschließe, dürfte aus den §§. 1453 [2]),

---

[1]) „Begünstigungen der längeren Verjährungsfrist haben auch gegen andere darin ebenfalls begünstigte Personen ihre Wirkung", was voraussetzt, daß solche Personen, Kirchen rc. ersitzungsfähig seyn müssen.

[2]) „Jeder, der sonst zu erwerben fähig ist, kann auch ein Eigenthum oder andere Rechte durch Ersitzungen erwerben".

1473[1]), 1495[2]), — so wie schon überhaupt aus dem solchen Personen gleichmäßig mit den obigen zugestandenen besonderen Schutze der Gesetze mit Zuversicht sich behaupten lassen.

Zeigt sich hienach, daß das besondere Verhältniß, auf das sich die Regel des §. 337 gründet, nicht ausschließlich bey Gemeinden, sondern auch bey anderen Personen eintrete; — und daß man eine analoge Anwendung auf diese theils schon wegen der Identität des Grundes (§. 7 des a. b. G. B.), theils um nicht mit anderen (auf die Ersitzung bezüglichen) Gesetzen in Widerspruch zu gerathen, zulassen müsse: so scheint nichts im Wege zu stehen, daß man die Regel des §. 337, so weit analoge Verhältnisse obwalten, generalisire.

Während nähmlich der Umstand, daß Gemeindeglieder zur selbsteigenen Vertretung nicht befähigt sind, die Regel hervorgerufen hat, daß der Besitz der Gemeinde immer nur nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der Machthaber zu beurtheilen sey; wird diese Regel natürlich auf andere Committenten, bey welchen die moralischen und juridischen Bedingungen eines selbsteigenen Wollens vorhanden sind, nicht gleichmäßige Anwendung finden. Man wird ohne Unvernunft nicht sagen können, daß es auf ihre eigene Redlichkeit oder Unredlichkeit nicht ankomme [3]). Folgt aber darum, daß die Gesinnung ihrer Machthaber gänzlich ohne Belang sey? und ist es der klaren Absicht des Gesetzes nicht angemessener und folgerichtiger, den §. 337 dahin auszulegen, daß es bey Gemeinden allein und ausschließend auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit der Machthaber ankomme, bey andern Stellvertretungen dagegen die Gesinnung der Letzteren wenigstens zuweilen und **in subsidium**,

---

[1]) S. oben. Daß derley Personen auch unter die begünstigten gehören, kann nach §§. 1494 und 1495 keinem Zweifel unterliegen.

[2]) Auch zwischen Kindern — und Eltern oder Vormündern kann, so lange selbe unter vormundschaftlicher oder elterlicher Gewalt stehen, die Ersitzung — weder angefangen noch fortgesetzt werden, — woraus wohl folgt, daß Kinder gegen andere Personen, als die hier benannten, anstandslos ersitzen können.

[3]) Daß in Fällen, wo diese vorliegt, die **bona** oder **mala fides** des Machthabers keine Rücksicht verdiene, wird als unbestritten vorausgesetzt.

nähmlich da entscheide, wo kein Anhaltspunct zur Beurtheilung der **eigenen** Gesinnung des Machthabers vorliegt.

In Fällen nähmlich, wo, wie im fraglichen, der Mandant von den einzelnen Objecten der vom Machthaber vorgenommenen Besitzergreifung keine Kenntniß hat, kann ihm selbst weder das Attribut der Redlichkeit noch der Unredlichkeit zugesprochen werden, da er die ergriffene Sache nicht kennt, folglich die Wahrscheinlichkeitsgründe für die Existenz oder Nichtexistenz eines fremden Anspruches hierauf abzuwägen nicht in der Lage ist. Das Abhandenseyn der Unredlichkeit begründet noch keine Redlichkeit; hiezu gehört ein positives Moment, welches dem Mandanten im gegebenen Falle eben so wie dem Kinde, dem Wahnsinnigen und andern des selbsteigenen Urtheils unfähigen Personen fehlt, und wornach also nicht abzusehen ist, warum er (wohlverstanden für **diesen concreten Fall**) nicht nach gleichem Grundsatze behandelt werden solle?

Wollte man einem solchen Committenten, der doch wegen Unkenntniß des zu erwerbenden Gegenstandes, gerade so wie das Kind und der Wahnsinnige außer aller geistigen Beziehung zu demselben steht, und in Ansehung der Redlichkeit oder Unredlichkeit für sich unzurechnungsfähig ist, trotz der Unredlichkeit des Machthabers dennoch die Vortheile des redlichen Besitzes vindiciren, so wäre er ja aufs unverhältnißmäßigste vor dem Kinde und dem Wahnsinnigen begünstigt, welche nach gegentheiliger Ansicht nicht einmahl mittelst eines **redlichen** Machthabers einen redlichen Besitz erwerben können.

Bleibt man dagegen bey dem einfachen, der Natur der Sache angemessenen Grundsatze stehen, daß es vor **allem** auf den **animus** des **Machtgebers** ankommt, in Fällen aber, wo derselbe bezüglich des redlichen oder unredlichen Glaubens persönlich unzurechnungsfähig ist, die Gesinnung des **Machthabers** entscheidet, so gewinnt man eine allseitig durchgreifende und keiner Inconsequenz Raum gebende Norm, welche die Vor- und Nachtheile innerer sowohl als äußerer Handlungen des Mandatars dem Principalen, so weit er hiedurch vertreten erscheint, zu Guten oder zur Last kommen läßt, wie es überhaupt das Wesen und der Begriff des Vollmachtsverhältnisses mit sich bringt.

Es kann sich nach dieser Theorie der Mandant nicht über Un-

recht beklagen, da er im Falle der selbsteigenen Besitzoccupation unter den vorausgesetzten Umständen von dem Rechte des Dritten nothwendig Kenntniß erlangt, somit auf die Vortheile des redlichen Besitzes keinen Anspruch hätte. Er ist also nicht schlimmer daran, wenn man die Unredlichkeit des von ihm bestellten Machthabers ihm — dem Machtgeber — entgelten läßt. Man läßt ihn nur nicht besser daran seyn, als wenn er den Besitz selbst erworben hätte, und behandelt ihn lediglich nach dem allgemeinen Rechtsaxiome: **quod quis per alium facit, per se fecisse censetur.**

Erläuterung

des ersten Abschnittes des zehnten Hauptstückes des Gefällsstrafgesetzbuchs, vom **11.** July **1835**, die Lehre von den Rechtsmitteln und Gnadengesuchen enthaltend.

Von

Herrn Dr. Franz Kalessa.

Unterschied zwischen Rechtsmitteln und Gnadengesuchen.

Die Rechtsmittel unterscheiden sich von den Gnadengesuchen dadurch, daß erstere gegen alle Verfügung und Entscheidungen, die im Laufe der Untersuchung möglicher Weise vorkommen, gerichtet sein können, während letztere eine Entscheidung voraussetzen, die ein Straferkenntniß in sich schließt; ferner, daß man mittelst der erstern die Verfügung oder Entscheidung als ungerecht und ungesetzlich darzustellen sucht, während im Gnadengesuch die Redlichkeit und Gesetzlichkeit des Straferkenntnisses nicht angefochten, sondern aus Gründen der Billigkeit um Milderung oder gänzliche Nachsicht der Strafe gebethen wird.

Eintheilung der Rechtsmittel.

Die Rechtsmittel zerfallen in Beschwerden, Recurse und Berufungen. Letztere haben nur gegen Urtheile Statt; gegen alle andern Verfügungen und Entscheidungen finden die zwey erstgenannten Rechtsmittel Anwendung. Zwischen ihnen beyden besteht aber wieder der wichtige Unterschied,

daß 1) Beschwerden immer nur gegen Verfügungen gerichtet seyn können, und zwar nur gegen Verfügungen, die nicht von einem Gefällsgerichte ausgehen, während Recurse gegen Verfügungen und Entscheidungen, und zwar auch gegen solche, die von Gefällsgerichten ausgehen, Statt haben.

Ferner sind 2) Beschwerden nur vor Schöpfung des Urtheils und nur gegen solche Verfügungen der, die Erhebung des Thatbestandes oder die Untersuchung pflegenden Behörden, Ämter oder Beamten zulässig, welche zur Vollführung oder Sicherstellung des rechtlichen Verfahrens getroffen werden.

Recurse aber sind nur zu ergreifen gegen alle Verfügungen der Gefällsbehörden, Ämter oder Beamten, die sich auf das rechtliche Verfahren bey Gefällsübertretungen beziehen, und nach der Urtheilsschöpfung ergehen.

Ferner sind 3) die Beschwerden immer bey dem Gefällsbezirksgerichte zu überreichen, während die Recurse an die vorgesetzten Gefällsbehörden gehen, wenn sie gegen Entscheidungen oder Verfügungen einer Gefällsbehörde, eines Amtes oder Beamten ergriffen werden. Daher ist es den Partheyen gestattet, auch in der, zur Führung einer Beschwerde geeigneten, Fällen früher, bevor sie an das Gefällsbezirksgericht gehen, sich im Recurswege an die höhern Gefällsbehörden zu verwenden (§§. 834 und 841).

Endlich hat 4) das Gesetz im §. 838 gewisse Fälle bezeichnet, wo auch gegen Verfügungen, die vor Schöpfung des Urtheils ergehen, und bloß das Verfahren betreffen, nicht die Beschwerdeführung an das Gefällsbezirksgericht, sondern nur der Recurs an die höhern Gefällsbehörden zulässig ist.

Diese Fälle sind:

1) Alle Verfügungen, welche zur Bemessung oder Einhebung der Abgaben, zur Geltendmachung der dem Staatsschatze vorbehaltenen ausschließenden Rechte, zur Entdeckung von Gefällsübertretungen oder Gefällsübertretern, oder überhaupt zur Vollziehung der Vorschriften über die indirecte Besteuerung ergehen.

2) Die Gewährung oder Zurückweisung des Ansuchens um Ablassung von dem rechtlichen Verfahren.

3) Alle Vorkehrungen in Ansehung der Aufbewahrung der angehaltenen Sache.

4) Die nachträgliche Einleitung des rechtlichen Verfahrens nach bereits bewilligter Ablassung, wenn sich zeigt, daß die vorgeschriebenen Bedingungen der Ablassung nicht vorhanden waren. Wenn jedoch der in Untersuchung Gezogene darthun zu können glaubt, daß die allgemeinen Bedingungen der Einleitung einer Untersuchung, nähmlich rechtlicher Verdacht einer Gefällsübertretung oder einer unterlassenen Nachweisung nicht gegen ihn vorliegen, so kann er aus diesem Grunde gegen die nachträgliche Einleitung der Untersuchung eben so Beschwerde führen, wie ihm dieses gegen jede andere Einleitung einer (ersten) Untersuchung gestattet ist.

5) Die Bestimmung des, zur Sicherstellung der allfälligen Vermögensstrafen zu leistenden Betrags. Sollte jedoch die Unmöglichkeit von Seite des Beschuldigten, diese Sicherstellung zu leisten, seine Verhaftung zur Folge haben, oder die Verlängerung seines Verhaftes bewirken, so kann er gegen den dießfälligen Beschluß Beschwerde führen.

6) Alle Verhandlungen über die Kosten des Verfahrens.

Gegen welche Verfügungen gar keine Rechtsmittel Statt haben.

Gegen Verfügungen, welche bloß eine Ergänzung der Erhebung gesetzlich vorgeschriebener Förmlichkeiten bezwecken, hat kein Rechtmittel Statt. Nur, wenn sich der Beschuldigte in Verhaft befindet, und besorgt, daß sein Verhaft durch derley Verfügungen verlängert werden dürfte, steht ihm das Rechtsmitte der Beschwerde offen (§§. 837 und 845).

Personen, die zur Einbringung der Rechtsmittel und Gnadengesuche berufen sind.

Jede Person, die sich durch eine Verfügung oder Entscheidung im Verfahren in Gefällsangelegenheiten gekränkt erachtet, und deren Aufhebung oder Abänderung aussprechen zu kön-

nen glaubt, kann die Rechtsmittel oder Gnadengesuche anbringen. Insbesondere aber sind bey Erkenntnissen, welche den Beschuldigten angehen, außer ihm selbst, hierzu berechtigt: 1) Seine Verwandten in auf- und absteigender Linie. 2) Sein Ehegenosse. 3) Sein Vormund. Gegen ein Urtheil, wodurch eine Vermögensstrafe verhängt wird, kann insbesondere auch derjenige, dem die Haftung für die Strafe obliegt, die Rechts- und Gnadenmittel ergreifen, wenn auch wirklich die Haftung durch das Urtheil noch nicht ausgesprochen worden seyn sollte (§. 836).

Insbesondere steht demjenigen das Rechtsmittel der Beschwerdeführung offen, welcher Inhaber der, für die Vermögensstrafen haftenden, Sache ist, wenn er fordern zu können glaubt, daß die Sache dem Civilgerichte übergeben werde, die Untersuchungsbehörde aber in dieser Forderung nicht eingeht (§. 839).

Auch der Eigenthümer oder Pfandgläubiger einer zur Haftung gezogenen Sache kann eine Beschwerde beym Gefällsbezirksgericht dießfalls überreichen. Wird aber dieser nicht Folge gegeben, so muß er dann seine Ansprüche auf dem ordentlichen Rechtsweg austragen (§. 840).

Frist zur Überreichung der Beschwerden.

Für die Überreichung der Beschwerden ist keine andere Frist festgesetzt, als daß sie nur bis zur Schöpfung des Urtheils eingebracht werden können (§. 841). Bloß die Beschwerde gegen die von der Untersuchungsbehörde abgeschlagene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist binnen 14 Tagen zu überreichen (§. 874).

Art der Anbringung der Beschwerden.

Die Art der Anbringung der Beschwerden, ob nähmlich mündlich oder schriftlich, ist in das Belieben der Parthey gestellt. Die schriftliche ist bey dem Bezirksgerichte selbst zu überreichen, die mündliche kann aber bey der Obrigkeit des Ortes, in welchem sich der Beschwerdeführer befindet, bey einem, in diesem Orte bestehenden, zur Erhebung des Thatbestandes berufenen

Amte, oder bey der zur Untersuchung bestimmten Behörde, angebracht werden. Es wird hierüber ein besonderes Protokoll aufgenommen, und an das Bezirksgericht gesendet (§. 842).

Art der Anbringung der Berufungen, Gnadengesuche und Recurse, und Frist hierzu.

Die Berufungen, Gnadengesuche und Recurse sind, wenn die Verhandlung den Gefällsgerichten zugewiesen ist, bey dem Gefällsbezirksgerichte, wenn sie aber den, die Gefällsangelegenheiten leitenden Behörden zugewiesen ist, bey der leitenden Gefällsbehörde zu überreichen. Die Entscheidung der Berufungen, Gnadengesuche und Recurse, wenn dieselben gegen Verfügungen der Gefällsbezirksgerichte oder leitenden Gefällsbezirksbehörden gerichtet sind, steht dem Gefällsobergerichte oder der leitenden Gefällen-Landesbehörde, wenn sie aber gegen Entscheidungen des Gefällsobergerichts oder der leitenden Gefällen-Landesbehörde gerichtet sind, dem obersten Gefällsgericht oder der die Gefällsangelegenheiten leitenden Hofstelle zu. Gegen Entscheidungen des obersten Gefällsgerichts und der die Gefällsangelegenheiten leitenden Hofstelle, dann gegen Entscheidungen des Gefällsobergerichts oder der die Gefällsangelegenheiten leitenden Landesbehörde, wodurch die Entscheidung des Gefällsbezirksgerichts oder der leitenden Gefällsbezirksbehörde bestätigt oder gemildert wird, findet kein Recurs, keine Berufung und kein Gnadengesuch Statt (§§. 843, 844, 846 und 847).

Die Frist zur Einbringung der Berufungen und Gnadengesuche beträgt 30 Tage, vom Tage der Bekanntmachung des Urtheils an gerechnet. Es kann jedoch von der Behörde, bey welcher die Berufung oder das Gnadengesuch zu überreichen ist, aus wichtigen Gründen eine angemessene Fristerweiterung zugestanden werden (§. 848).

Für Recurse besteht eine unstreitbare Frist von 14 Tagen (§. 849).

Da unter den, von Gefällsbehörden oder Gefällsgerichten im Laufe des Verfahrens ausgehenden, Verfügungen und Entscheidungen die Urtheile die wichtigsten sind, so werden die Fristen zu Berufungen und Gnadengesuchen gegen Urtheile, welche gegen

Minderjährige oder Curanden ergehen, vom Tage der Zustellung des Urtheils an, den zur Übernahme berufenen, Vertreter gerechnet (§. 850).

Ist das, gegen einen Minderjährigen gefällte, Urtheil auf eine Vermögensstrafe ausgefallen, und kann dieselbe weder aus der haftenden Sache, noch aus demjenigen Vermögen oder Einkommen, über welches der Minderjährige nach dem Gesetze frey zu verfügen berechtigt ist, eingebracht werden, und hat die urtheilschöpfende Behörde unterlassen, sich mit dem vormundschaftlichen Gerichte in's Einvernehmen zu setzen, ob es die Arreststrafe der Geldstrafe substituirt wissen, oder die Geldstrafe aus dem Vermögen oder Einkommen des Mündels zahlen wolle; so ist dieses Gericht, sobald es davon Kenntniß erlangt, berechtigt, auch nach Ablauf der zur Berufung bestimmten Frist, der Verurtheilte mag die Berufung ergriffen, und die erwähnte Unterlassung zur Sprache gebracht haben, oder nicht, die Änderung der Vermögensstrafe in Arrest zu fordern (§. 851).

Das Gnadengesuch kann abgesondert überreicht, es kann aber schon in der Berufung zugleich auch Milderung oder Nachsicht der Strafe im Gnadenwege gebethen werden; wo sich also dann die Überreichung eines abgesonderten Gnadengesuches als nicht mehr nöthig darstellt (§. 852).

Auch die Berufungen, Gnadengesuche und Recurse können mündlich oder schriftlich überreicht werden, und zwar im erstern Falle auch bey der Obrigkeit des Orts, wo der Beschwerdeführer sich befindet, bey einem zur Erhebung des Thatbestandes berufenen Amte, oder bey der Untersuchungsbehörde. Über dieses mündliche Anbringen wird ein Protocoll aufgenommen, und ohne Verzug an die leitende Gefällenbezirksbehörde oder an das Gefällenbezirksgericht eingesendet (§. 853).

Hülfsmittel zur Anbringung der Berufungen, Recurse und Gnadengesuche.

Den Beschuldigten sowohl, als den Haftenden, steht es frey, sich zur Einbringung der Recurse, Berufungen und Gnadengesuche eines Vertreters zu bedienen. Nur, wenn der Beschuldigte

sich im Verhaft befindet, ist ihm zur Einbringung eines bloßen Recurses die Zuziehung eines Vertreters nicht gestattet (§. 854).

Dem durch ein Urtheil verurtheilten Beschuldigten oder Haftenden steht es ferner frey, zur Verfassung der Berufung Einsicht in die betreffenden Actenstücke zu nehmen, Auszüge aus demselben zu verfertigen, und Abschriften davon zu erheben. Auch sind ihm die Beweggründe des Urtheils auf sein Begehren sogleich zu erfolgen. Die Einsicht in die Acten und die Behebung der Abschriftn darf aber nur im Amtslocale der Untersuchungsbehörde, gegen vorläufige Bewilligung des Vorstehers derselben, und in Gegenwart eines Beamten, geschehen. Sie erstreckt sich ferner nicht auf die Anzeigen, die zur Verhandlung Anlaß gaben, auf die Berichte der Gefällsbehörden und Ämter, auf den Schriftenwechsel derselben mit andern öffentlichen Behörden, auf die Referate, Geschäftsaufsätze und Rathsprotocolle (§. 855).

Verfahren der Behörden mit den einlangenden Rechtsmitteln und Gnadengesuchen.

a) Bey Beschwerden.

Wenn bey dem Gefälls-Bezirksgericht eine Beschwerde einlangt, so vernimmt dieses, wenn es ihm nöthig scheint, die Behörde, das Amt, oder den Beamten, gegen dessen Verfügung die Beschwerde gerichtet ist; falls jedoch die Verfügung von der leitenden Gefällsbezirksbehörde unmittelbar, oder durch dieselbe von einer höheren Gefällsbehörde ausging, so haben die, an der Berathung des Bezirksgerichts theilnehmenden Glieder der Bezirksbehörde, ohne vorläufige schriftliche Vernehmung dieser Behörde, gleich unmittelbar bey den Berathungen des Bezirksgerichtes die betreffenden Acten vorzulegen, und die nöthigen Aufklärungen zu ertheilen (§. 856).

Findet das Bezirksgericht die Verfügung, gegen welche die Beschwerde gerichtet ist, zu bestätigen, so kann es die dießfällige Erledigung sogleich hinausgeben. Findet es aber die Verfügung aufzuheben, oder zu mildern, so muß man unterscheiden, ob der Vorsteher der leitenden Gefällsbezirksbehörde oder dessen Stellvertreter

damit einverstanden ist, oder nicht. Im ersten Fall kann der Beschluß ausgefertigt werden, im zweiten ist die Verhandlung dem Obergericht zur Entscheidung vorzulegen (§. 857).

Die Entscheidung der Beschwerden geschieht durch eine Verordnung, gegen welche der Recurs Statt hat, wie gegen andere Entscheidungen der Gefällsgerichte. (§. 858 und §. 862 Z. 4).

b) Bey Recursen, Berufungen und Gnadengesuchen.

Wenn bey einem Gefällsbezirksgerichte oder bey einer leitenden Gefällsbezirksbehörde ein Recurs, eine Berufung oder ein Gnadengesuch überreicht wird, welche Eingaben sohin von dieser ersten Instanz, der zweyten, oder durch diese der dritten Instanz nähmlich dem Gefällsobergericht und dem obersten Gefällsgericht, oder der Gefällen-Landesbehörde und der Gefällen-Hofbehörde, vorzulegen kommen; so hat diese Vorlegung ungesäumt zu erfolgen; ausgenommen in dem Falle, wo bereits die Frist verstrichen, oder die Einbringung dieser Rechts- und Gnadenmittel nicht mehr zulässig ist, z. B. weil schon zwey gleichförmige Entscheidungen der ersten und zweyten Instanz vorliegen. In derley Fällen ist das eingereichte Gnadengesuch oder das eingebrachte Rechtsmittel des Recurses oder der Berufung sogleich zurückzuweisen (§. 860 Z. 1).

Fortsetzung.

Ein ganz besonderer Wirkungskreis ist den Gefällsbezirksgerichten oder den leitenden Gefällsbezirksbehörden rücksichtlich der Gnadengesuche eingeräumt; denn es ist ihnen bisweilen gestattet, selbst schon die Frage in Überlegung zu ziehen, ob eine Strafmilderung oder Nachsicht Platz greifen solle, so daß also die Einbegleitung der Verhandlung an die höhern Behörden unterbleiben kann.

Dieß ist ihnen gestattet, wenn 1) die angesuchte Milderung oder Nachsicht in ihrem Wirkungskreise liegt, und wenn zugleich 2) bloß eine mindere Straffälligkeit [1]), oder zwar auch ein anderer Straffall vorliegt, jedoch der Beschuldigte verhaftet ist. In die-

[1]) Welche Straffälligkeiten als mindere anzusehen seyen, ist im §. 501 des Gefälls-Strafgesetzes angegeben.

sem letzteren Falle wird nähmlich das Bezirksgericht oder die Bezirksbehörde eine Nachsicht oder Milderung dann bewilligen, wenn die Zeit bis zur Einholung der höhern Entscheidung, binnen welcher der Verurtheilte noch im Verhaft bleiben müßte, so lange ist, daß ihm durch die Milderung von Seite des Bezirksgerichtes oder der Bezirksbehörde ein Vortheil zugeht.

Der Milderungsbeschluß des Bezirksgerichtes oder der Bezirksbehörde ist dem Verurtheilten, wenn er sich in Verhaft befindet, mündlich, außerdem aber schriftlich bekannt zu geben, und er hat sich im erstern Fall sogleich, im zweyten binnen acht Tagen zu erklären, ob er die bewilligte Milderung oder Nachsicht annehme, oder auf der Vorlegung der Verhandlung an das Obergericht oder die Gefällen-Landesbehörde beharre. Im ersten Falle geht die Entscheidung mit der bewilligten Milderung oder Nachsicht in Rechtskraft über, im zweyten Falle erfolgt die Vorlegung der Verhandlung an die höhere Behörde. Sucht der in Verhaft befindliche Verurtheilte eine Bedenkzeit an, so kann sie ihm jedoch nur auf angemessene Frist ertheilt werden. Eine Erstreckung derselben ist nicht gestattet (§. 860 Z. 2. und §. 866).

Wenn an das Gefällsbezirksgericht oder die leitende Gefällsbezirksbehörde das Ersuchen des vormundschaftlichen Gerichts wegen Umänderung der gegen einen Minderjährigen verhängten Vermögensstrafe in Arrest gelangt; so wird, wenn noch die Berufung oder Gnadenwerbung anhängig ist, die Zuschrift des vormundschaftlichen Gerichts ebenfalls dem Obergerichte oder der Gefällenlandesbehörde zur Entscheidung vorgelegt. Ist aber die Berufung oder Gnadenwerbung bereits erledigt, oder gar nicht eingebracht worden, und daher das Urtheil bereits in Rechtskraft übergegangen, so hat die Bezirksbehörde oder das Bezirksgericht die Umwandlung der Vermögens- in Arreststrafe zu decretiren; sollte jedoch in dem Falle, wo die Vermögensstrafe von einem Bezirksgerichte verhängt wurde, der in Arrest umzuwandelnde Vermögensstrafbetrag mehr als 1500 fl. ausmachen, so hat die Umwandlung vom Obergerichte zu geschehen (§§. 861 u. 866). Diese Umwandlung geschieht durch eine Verordnung, gegen welche der Recurs frey steht [1]).

[1]) Siehe auf den Schluß dieses Aufsatzes.

Fortsetzung.

Das Gefällsobergericht oder die leitende Gefällenlandesbehörde prüft, wenn ein Recurs vorliegt, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, und, wenn eine Berufung vorliegt, die Rechtmäßigkeit des Urtheils, worauf die Erledigung erlassen, und, wenn zugleich ein Gnadengesuch vorliegt, auch dieses gewürdigt wird (§. 862 Z. 1 und 2 und §. 866).

Liegt bloß ein Gnadengesuch vor, so wird bloß dieses gewürdigt, und in die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung oder des Urtheils gar nicht eingegangen, außer, wenn das Verfahren eine offenbare Nullität enthielte, indem dann auf jeden Fall die Entscheidung aufzuheben, und die Verbesserung des Verfahrens einzuleiten ist (§. 862 Z. 3 und §. 866).

Verhandlungen, die noch an das oberste Gefällsgericht oder an die zur Leitung der Gefällsangelegenheiten bestimmte Hofstelle gehen müssen, sind von dem Gefällsobergerichte oder der leitenden Gefällenlandesbehörde dorthin gutächtlich vorzulegen, welches oder welche dann nach den eben entwickelten Grundsätzen damit vorgeht (§. 862 Z. 5, dann §§. 864 und 866).

Das Obergericht und das oberste Gefällsgericht, so wie die Gefällenlandes- und Gefällenhofbehörde, sind nicht berechtigt, Urtheile, gegen welche eine Berufung der Gnadenwerbung vorliegt, auf eine für den Beschuldigten nachtheilige Art zu ändern. Nur wenn eine offenbare Nullität im Verfahren wahrgenommen wird, ist das Urtheil aufzuheben, und die Verbesserung des Verfahrens anzuordnen (§§. 863 und 864 mit 866). Die Form, in welcher die Entscheidungen der zweyten und dritten Instanz ergehen, ist die der Verordnungen (§§. 865 und 866).

Wirkungen der Rechtsmittel und Gnadengesuche.

Die Wirkungen der Rechtsmittel und Gnadengesuche sind sehr verschieden.

Wird das Rechtsmittel oder Gnadengesuch nach verstrichener Frist, oder in solchen Fällen, wo es gar nicht zulässig ist, z. B. gegen gleichförmige Entscheidungen der ersten und zweyten Instanz, überreicht, so muß es, wie bereits gesagt, sogleich zurückgewiesen

werden; und hemmt da natürlich nie die Vollstreckung der Entscheidungen oder Verfügungen, gegen die es gerichtet ist (§. 871).

In allen andern Fällen aber muß man zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsmittel unter sich, und zwischen denselben und den Gnadengesuchen unterscheiden.

Gnadengesuche hemmen, wenn sie gehörig eingebracht werden, immer die Vollstreckung des Urtheils. Dasselbe gilt von Berufungen. Nur wenn gegen ein Urtheil, wodurch die Untersuchung aus Abgang rechtlicher Beweise aufgehoben wird, eine Berufung vorkommt, wird das Urtheil zu Gunsten des Angeschuldigten in so weit vollstreckt, daß dessen Freylassung aus dem Verhafte, wenn er sich darin befindet, erfolgt (§. 867).

Ist bereits durch das Urtheil der ersten Instanz dem Verurtheilten eine Strafmilderung zugestanden, glaubt dieser aber doch gegen dasselbe eine Berufung oder ein Gnadengesuch um ausgedehntere Strafmilderung einbringen zu sollen, so bleibt die ihm in erster Instanz bereits zugestandene Strafmilderung doch aufrecht (§. 868).

Recurse hemmen die Vollziehung einer Entscheidung insofern, als: 1. durch die Vollstreckung der Entscheidung der günstige Erfolg des Recurses ganz vereitelt würde, und zugleich 2. von dem Aufschube der Vollstreckung kein wesentlicher Nachtheil zu besorgen ist (§. 896).

Die Beschwerden gegen Verfügungen der mit der Erhebung des Thatbestandes und der Untersuchung beschäftigten Behörden und Ämter haben keine hemmende Wirkung. Wird eine solche Beschwerde zurückgewiesen, so ist gegen diese Zurückweisungsverordnung der Recurs zu ergreifen, welcher aber ebenfalls keine hemmende Wirkung hat.

Hieraus folgt, daß eine solche Beschwerde oder ein solcher Recurs den Beschuldigten von der Verpflichtung, bey der untersuchenden Behörde zu erscheinen, ihr Rede und Antwort zu geben, und ihre Aufträge zu erfüllen, nicht entheben könne (§. 870).

Fortsetzung.

Die Zuschrift des vormundschaftlichen Gerichts wegen Umänderung der Vermögensstrafe in eine Arreststrafe hemmt natürlich die Vollstreckung des Urtheils, selbst wenn kein sonstiges Rechtsmittel oder Gnadengesuch eingebracht worden wäre. Denn, ist das Urtheil noch nicht in Rechtskraft übergegangen, so wird die Zuschrift des vormundschaftlichen Gerichts so lange aufbehalten, bis der Zeitpunct der Rechtskraft des Urtheiles eingetreten ist. Hierauf folgt, wie bereits oben erörtert wurde, die Entscheidung über diese Zuschrift (§. 861).

Ist zugleich ein sonstiges Rechtsmittel oder Gnadengesuch bey der zweyten Instanz in Verhandlung und wird also die gedachte Zuschrift des vormundschaftlichen Gerichts derselben ebenfalls übermittelt, so entscheidet dieselbe zugleich über das Rechtsmittel oder Gnadengesuch und über die Umänderung der Vermögens- in die Arreststrafe. Sollte die Entscheidung über das Rechtsmittel oder Gnadengesuch aber bereits erfolgt seyn, und es sich um eine, von einem Gefällsbezirksgerichte verhängte Vermögensstrafe handeln, und zugleich der in Arrest umzuwandelnde Betrag mehr als 1500 fl. ausmachen, so hat die Umwandlung vom Gefällsobergerichte zu geschehen. Außerdem ist das Einschreiten des vormundschaftlichen Gerichts an die erste Instanz zur Erledigung zurück zu senden (§. 862 Z. 6. und §. 866).

Beytrag
zur Lehre des Haupteides.

Von

Herrn F. K. Prockner,
Dr. und k. k. Professor der Rechte.

Rechtsfall.

Ein gewisser Anton F . . begehrte in seiner Klage, die er gegen den Mathias S . . anstrengte, die Zurückzahlung eines dem Letzteren gegebenen, nunmehr aber schon seit einiger Zeit fälligen Darleihens von 500 fl. Über diesen Umstand trug der Kläger dem Beklagten den Haupteid auf, welchen dieser auch anzunehmen sich erklärte, und auf welchen auch durch Urtheil erkannt wurde, nähmlich: daß Mathias S . . den ihm aufgetragenen Haupteid binnen — — so gewiß anzutreten habe, widrigenfalls der Eid für zurückgeschoben zu halten sey. Der Geklagte hat durch seinen bisherigen Vertreter, Dr. M., den Beweis in der gesetzlichen Frist angetreten, worüber der Richter eine Tagsatzung zur Abschwörung dieses Haupteides anordnete und beyde Theile auf die vorgeschriebene Art verständigte. Der Kläger hat jedoch vor der Eidestagsatzung ein Gesuch dem Gerichte überreicht, in welchem er die Unfähigkeit des Geklagten zur Ablegung des Eides behauptete, und deßhalb zur Erhebung dieses Umstandes um Vornahme eines gerichtlichen Augenscheines bath. Das Gericht hat hierüber eine Tagsatzung mit Bey-

ziehung zweyer Ärzte angeordnet und den Geklagten gleichfalls vorgeladen. Das Beweisantretungsgesuch dieses Letzteren wurde auf die, über das Gesuch des Klägers angeordnete Augenscheinstagsatzung verwiesen. — Bey der Augenscheinstagsatzung ging das Parere der Ärzte dahin: daß Geklagter bey dem gänzlichen Mangel des Gedächtnisses wegen Altersschwäche die Wichtigkeit des Eides zu erkennen nicht im Stande sey, daß er von dem ganzen Proceß und so auch von der Beweisesantretung nichts wisse. Hievon wurden beyde Theile mit dem verständiget, daß Geklagter nach dem eidlich abgegebenen Gutachten der Ärzte zur Ablegung des Eides wegen gänzlichen Mangels des Gedächtnisses nicht zugelassen werden könne. — Der Kläger Anton F . ., welcher diesem Bescheide zu Folge den Haupteid als ihm zurückgeschoben betrachtete, bath in einem dem Gerichte überreichten Gesuche um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des ihm zurückgeschobenen Eides, welche wirklich das Gericht auch anordnete, und beyde Theile hievon verständigte. Über diesen Bescheid recurrirte der Geklagte an das Appellationsgericht, welches den Bescheid des ersten Richters aufhob und diesem auftrug, über das Gesuch des Geklagten eine Verhandlungs-Tagsatzung mit Zuziehung beyder Theile anzuordnen, und hierüber salvo recursu zu entscheiden, ob der aufgetragene Haupteid als abgeschworen zu halten sey oder nicht? — In Folge der vorgenommenen Verhandlungstagsatzung erkannte der erste Richter, daß der von dem Geklagten angetretene Haupteid nicht für abgeschworen zu halten sey. Diese Entscheidung wurde in Folge eines dagegen ergriffenen Recurses von Seite des Geklagten von dem Appellationsgerichte dahin abgeändert, daß der von dem geklagten Mathias S . . angetretene Haupteid für abgeschworen zu halten sey. Der gegen diese appellatorische Entscheidung von dem Kläger ergriffene Hofrecurs blieb ohne Erfolg.

Bemerkungen.

Wenn man die Umstände gerade so auffaßt, wie sie in dem erzählten Rechtsfalle dargestellt sind, so lassen sich hierüber einige Bemerkungen machen, die zu nicht uninteressanten Reflexionen schon aus dem Grunde Veranlassung geben, weil unsere Proceßge-

setze über einen Fall dieser und ähnlicher Art keine ausdrücklichen Bestimmungen enthalten.

Betrachtet man unseren Rechtsfall, so wird aus demselben nicht ersichtlich, daß der Geklagte schon zur Zeit der angestrengten und ihm zugestellten Klage mit einem solchen Mangel des Gedächtnisses, welcher einen Blödsinn zur Folge gehabt hätte, behaftet gewesen sey, daß er die Wichtigkeit des ihm aufgetragenen Haupteides einzusehen nicht im Stande sollte gewesen seyn. Eine gerichtliche Blödsinnigkeitserklärung wurde nicht nachgewiesen, ein anderer Beweis aber auch nicht geliefert. Wäre der Geklagte wirklich zu dieser Zeit schon mit der bemerkten Geistesschwäche behaftet gewesen, so hätte der Kläger ihm den Haupteid entweder gewiß nicht aufgetragen, oder wenn er es gethan hat, so hätte er die eidliche Bestätigung des Gegentheiles von dem, was er behauptete, von einem eidesunfähigen Individuum nicht erwarten können. Das Beweismittel des Haupteides wäre also für den Kläger so gut als gar nicht vorhanden gewesen, oder mit anderen Worten, die Sache wäre so zu betrachten, als hätte der Kläger dem Geklagten den Haupteid gar nicht aufgetragen, und zwar nach der Analogie anderer Beweisesmittel. — Wäre in unserem Rechtsfalle der Geklagte als blödsinnig öffentlich erklärt gewesen, in welchem Falle ihm ein Vertreter hätte bestellt werden müssen, so hätte der Richter, wenn die Klage nicht gegen den Vertreter wäre überreicht worden, ohnehin dieselbe von Amtswegen verwerfen müssen (§. 64 des J. und §. 57 der a. G. O.). Wäre die Klage gegen den Vertreter unseres Geklagten überreicht worden, so glaube ich kaum, daß dieser Vertreter den aufgetragenen Eid, vorausgesetzt sogar die gerichtliche Bewilligung, annehmen, und daß ihn dann der Geklagte selbst nach der Analogie des Hofdecretes vom 31. August 1798, Nr. 430 abschwören dürfte; indem Minderjährige nach diesem Hofdecrete ausdrücklich als eidesfähig angesehen werden, was sich aber von einer Parthey, die öffentlich als blödsinnig erkärt worden ist, gewiß nicht wohl behaupten läßt; und man kann fast mit Sicherheit annehmen, daß in dem letzteren Falle auch die Curatelsbehörde des Geklagten, dessen Vertreter die Bewilligung zur Annahme des aufgetragenen Haupteides nicht ertheilen wird. Würde nun doch der Kläger dem Geklagten den Haupteid aufgetra-

gen haben, der in unserem Falle nicht angenommen werden, folglich auch nicht zurückgeschoben werden kann, so müßte der aufgetragene Haupteid als nicht aufgetragen angesehen werden, denn sonst müßte man ihn als einen selbst angebothenen Haupteid ansehen, für dessen Zulässigkeit kein Gesetz spricht. — Ist hingegen der Geklagte, wie in unserem Falle, nicht öffentlich durch das Gericht als blödsinnig erklärt worden, und hätte der Kläger ihm den Haupteid aufgetragen, zugleich aber dessen Eidesunfähigkeit behauptet, und sich dießfalls zum Beweise erbothen — was jedoch kaum wahrscheinlich sich ereignen kann — so würde er sich selbst widersprechen, und der Richter würde ihn entweder schlechtweg abweisen, oder im gnädigen Falle ihm die Separirung der Klage und vorläufiger Beweisführung über die Eidesunfähigkeit seines Gegners auftragen. — In unserem Falle hat der Kläger weislich genug die Eidesunfähigkeit des Geklagten nicht behauptet, und nicht erwiesen, er hat ihn also als eidesfähig erkannt.

Es ist fernerѕ nicht zu ersehen, daß der Geklagte während des Processes in eine mit Blödsinn verwandte Geistesschwäche verfallen sey; denn der Kläger behauptete selbst erst später die Eidesunfähigkeit desselben. Hiernach mußte wohl auch der Richter die Eidesfähigkeit des Geklagten annehmen, weßhalb er ihm auch den angenommenen Haupteid im Urtheile auferlegte. Der Richter konnte den Geklagten, da dieser durch seinen Rechtsfreund Dr. M. den Beweis angetreten hat, um so mehr für eidesfähig halten, als entweder dieser Rechtsfreund eine Vollmacht des Geklagten zur Eidesannahme beygebracht haben muß, oder weil die Satzschrift, in welcher der aufgetragene Eid angenommen wurde, von seinem Clienten unterschrieben gewesen seyn mußte. Aus dem einen wie aus dem anderen dieser letzteren zwey Umstände, bey deren Mangel der Richter ohnehin nicht auf die Ablegung des aufgetragenen Haupteides hätte sprechen können, geht hervor, daß der Geklagte sowohl von dem Processe, als von der Auftragung des Haupteides Kenntniß haben mußte, was der Kläger stillschweigend auch dadurch zugibt, weil er nicht behauptete, daß die von dem Geklagten seinem Rechtsfreunde ertheilte Vollmacht wegen vorhandenem Blödsinn ungültig sey. — Unter allen diesen Umständen konnte daher der Richter durch die Auflegung des Eides an den Geklagten mit voller Sicherheit erwarten, daß er durch dieses Beweismittel die

Überzeugung von dem Bestehen oder Nichtbestehen des im Proceß liegenden Factums erlangen könne.

Auffallen muß es daher, daß der Kläger erst dann die Eidesunfähigkeit des Geklagten behauptete und um eine dießfällige Augenscheinserhebung bath, als der Richter über das Beweisantretungsgesuch des Delaten bereits schon eine Eidestagsatzung angeordnet hatte. Ein Umtrieb des Klägers zu seinen Gunsten ist durch diesen Schritt kaum zu verkennen, da er, wie dessen späterer Vorgang zeigt, nur zu deutlich die Absicht an den Tag gelegt hat, die Eidesablegung des Geklagten zu machen, und sich selbst als Richter in eigener Angelegenheit hinzustellen. — Es frägt sich nun, was soll der Richter über das Gesuch des Klägers verfügen? Er hat die Alternative, entweder kann er den Kläger mit seinem Gesuche schlechtweg ab- und auf die angeordnete Eidestagsatzung mit Zuziehung sachverständiger Männer zur Erhebung der behaupteten Eidesunfähigkeit anordnen. Weist der Richter den Kläger mit seinem Gesuche ab, so ist es wahrscheinlich, daß dieser gegen einen solchen Bescheid den Recurs ergreifen wird, welcher sicher zu Gunsten des Recurrenten einen Erfolg haben wird, weil es sich weiters darum handeln wird, ob der auferlegte und in der gehörigen Frist auch angetretene Eid nach dem Hofdecrete vom 26. April 1822 (Pratobevera's Materialien ɾc. Band 7, S. 368) für abgelegt zu halten sey oder nicht, was sich aber erst, — wenn gleich nicht schon zunächst — aus dem Erfolge der Augenscheinstagsatzung ergeben kann. Der Richter würde, wenn er den Kläger mit seinem Gesuche abweisen wollte, und den, vielleicht doch nicht ohne Grund angegebenen Zustand des Geklagten nicht untersuchen ließe, sich auch der Gefahr aussetzen, einen Eidesunfähigen zum Eide zugelassen zu haben, und die moralische Gewißheit über die Wahrheit des, durch einen feyerlichen Eid zu bestätigenden Umstandes, die denn doch jederzeit die Entscheidung des Richters leiten soll, würde auf einer sehr schwankenden Grundlage beruhen, die zu vermeiden Pflicht des Richters ist. — Es war daher ganz zweckmäßig über das Gesuch des Klägers die gebothene Augenscheinstagsatzung anzuordnen.

Vielleicht dürfte man doch dagegen bemerken, daß die Anordnung einer solchen Tagsatzung überflüssig sey, indem der Richter nach abgelesener Eidesformel den zu Schwörenden ohnehin von

Amtswegen zu befragen hat, ob er den Eid wohl fasse, und dieser auch nach allen gemachten Erinnerungen seinen Entschluß zu schwören an den Tag legen muß, aus welchen Vorgängen der Richter zur Genüge schon erkennen kann, ob der zu Schwörende eidesfähig sey oder nicht. — Dagegen läßt sich jedoch erwiedern: die Vorgänge bey der Eidestagsatzung setzen nothwendig schon ein unzweifelhaft eidesfähiges Subject voraus, weil der Richter bis zu diesem Momente die Überzeugung von der Eidesfähigkeit dieses Subjectes gehabt haben mußte, da er bey einer gegentheiligen Überzeugung den Eid nicht hätte auflegen und die Antretung des Beweises hätte zulassen können, und weil seine Überzeugung, die Wahrheit des zu beschwörenden Umstandes erhärtet zu sehen, selbst im Momente der Eidesvornahme durch keinerley objective Gründe erschüttert worden ist. — So verhält es sich aber nicht in unserem Rechtsfalle. Zwar hätte der Richter auch hier selbst noch bey der Zulassung des angetretenen Beweises die moralische Gewißheit, daß der Geklagte ihm die Überzeugung werde verschaffen können; allein diese Gewißheit mußte doch einigermaßen schwankend werden, da der Kläger in seinem Gesuche nicht bloß die Eidesunfähigkeit des Geklagten behauptete, sondern zur Erhebung und Bestätigung dieses Umstandes auch um die Vornahme eines gerichtlichen Augenscheines bath. Dadurch konnte und mußte es dem Richter wahrscheinlich werden, daß das Gesuch des Klägers doch ganz ohne allen Grund seyn werde. Ein Zweifel über die Eidesfähigkeit mußte in dem Richter rege werden, und von einer richterlichen Überzeugung über die Eidesfähigkeit des Geklagten konnte daher keine Rede mehr seyn. — Sieht man auf die Vorgänge bey der Eidestagsatzung, nähmlich: auf das Befragen des Richters, ob der zu Schwörende den Eid wohl fasse, auf den Entschluß des Letzteren, daß er schwören wolle, so können diese Antworten keineswegs als solche Erhebungen angesehen werden, die für den Richter geeignet wären, um daraus schon eine Eidesfähigkeit oder eine Eidesunfähigkeit zu erkennen. Ein Geistesschwacher kann bey ziemlicher Beschränktheit des Umfanges seiner Ideen auf Befragen wohl leicht sagen, daß er den Eid fasse, da ihm alle zu beschwörenden Umstände einzeln, deutlich und genau vorgehalten werden. Auch die Äußerung des Entschlusses, schwören oder nicht schwören zu wollen, ist kein Criterium, um daraus eine Gei-

steskrankheit entnehmen zu können, weil wirklich nicht viel Verstandeskraft dazu gehört, sich zu äußern, ob man schwören wolle oder nicht. Die Erinnerungen über die Art des abzulegenden Eides, die Meineidserinnerungen, endlich die Feyerlichkeit, womit die Ablegung des Eides begleitet wird, werden zwar auf das Gemüth eines jeden, wenn anders nicht ganz moralisch verdorbenen Menschen, und so auch auf einen Geistesschwachen einen tiefen Eindruck machen, und mehr oder minder immer eine Geistesbefangenheit erzeugen. Allein wird man daraus schon auf eine Geistesschwäche schließen können? und wo läge das Kennzeichen zur Annahme einer solchen? —

Bedenkt man ferner, daß schon im Allgemeinen Jemand als geistesschwach, in so ferne Blödsinn dabey eintritt, von dem Gerichte nur dann öffentlich erklärt werden kann, wenn dasselbe auch die Ärzte hierüber vernommen hat (§. 273 des a. b. G. B.), wodurch es erst die gesetzlich erforderliche Überzeugung eines solchen Zustandes erlangen muß, so wäre nicht abzusehen, warum der Richter auch nicht in dem vorliegenden Falle auf eben die Art sich die Überzeugung einer vorhandenen, mit Blödsinn gepaarten Geistesschwäche hätte verschaffen sollen, da doch kein Gesetz für einen Fall unserer Art eine Ausnahme festgesetzt hat? Somit rechtfertiget sich die Anordnung einer Augenscheinstagsatzung auch von dieser Seite.

Wenn wir nun weiters das Resultat der vorgenommenen Augenscheinstagsatzung betrachten, so bemerken wir, daß die beygezogenen Kunstverständigen wirklich einen Blödsinn des Geklagten bestätigen. Die Art der geschehenen Erhebung ist zwar nicht bekannt, sie muß aber als zweckmäßig geschehen vorausgesetzt werden, weil sich sonst das spätere Benehmen des Richters gar nicht rechtfertigen ließe, womit er über das Gesuch des Klägers eine Tagsatzung zur Abschwörung des zurückgeschoben seyn sollenden Eides angeordnet hat. — Indem nun die Ärzte bestätigten, daß der Geklagte wegen der erwähnten Geistesschwäche die Wichtigkeit des Eides zu erkennen nicht im Stande sey, daß er von dem ganzen Processe, und so auch von der Beweisesantretung nichts wisse, bestätigten sie einen Zustand des Geklagten, wie er sich ihnen bey der Augenscheinstagsatzung darstellte, d. i. einen gegenwärtigen Zu-

stand. Mit diesem Parere hielten sich die Ärzte als Kunstverständige in ihrer wahren Sphäre. Würden sie ihr Parere dahin abgegeben haben, daß der Geklagte schon bey dem Beginne des Processes nichts von der Anhängigwerdung und von dem Fortgange desselben, daß er von der Beweisesantretung durch seinen Rechtsfreund Dr. M. nichts gewußt habe, so hätten sie über einen Zustand geurtheilt, von dem sie als jetzt erst berufene Kunstverständige keine Kenntniß haben konnten. Aus diesem Parere der Ärzte geht also wenn auch nur indirecte, doch klar hervor, daß der Geklagte bey dem Beginne des Processes Kenntniß von demselben, und daß er auch noch Wissenschaft von der durch seinen Rechtsfreund vorgenommenen Beweisesantretung gehabt habe. Diese Kenntniß, folglich auch die erforderliche Verstandeskraft hat Kläger auch nicht widersprochen.

Es frägt sich nun weiter, ob der Richter durch seinen, in Folge der Statt gehabten Augenscheinstagsatzung erlassenen Bescheid, womit er beyde Theile verständigte, daß der Geklagte zur Ablegung des ihm durch das Urtheil aufgetragenen Haupteides nicht zugelassen werden könne, auch zweckmäßig gehandelt habe? So viel ersieht man schon sogleich, daß der Richter durch diesen Bescheid zur Beendigung des Processes nichts gethan hat, und daß er denselben noch nicht beendet wissen wollte; indem er es gerade dadurch dem Ermessen des Klägers anheim gestellt hat, ob er den Eid für abgelegt, oder für zurückgeschoben halten wolle, welch' Letzteres ganz natürlich der Kläger auch gewählt hat, weil er sich dadurch zum Richter in eigener Sache und zwar zu seinem Vortheile machen konnte. — Ohne auf die späteren Amtshandlungen Rücksicht zu nehmen, ist es schon jetzt wahrscheinlich, daß der Richter der, dem Geklagten auferlegten Haupteid zu Folge der in seiner Alternative nach Art der beygefügten Sanction (§. 209 des J., §. 277 der wg. G. O. erster Fall) nach erkannter Eidesunfähigkeit desselben selbst als zurückgeschoben angesehen habe, indem er sonst sich bestimmt ausgesprochen haben würde, ob der Eid für abgelegt, oder für nicht abgelegt zu halten sey. Doch dieses auszusprechen konnte der Richter in Folge der Augenscheinstagsatzung doch nicht wohl wagen, wiel hiezu eine besondere vorausgehende Verhandlung erforderlich ist, weil dieses schon die Natur der Sache selbst, so wie das Hofdecret v. 26. April 1822 erheischt. Der Richter hätte daher um den Proceß seinem Ende

zuzuführen, in Erledigung der Augenscheinstagsatzung eine neuerliche Verhandlungstagsatzung, die mit jener nicht wohl cumulirt werden konnte, mit Zuziehung beyder Streittheile anordnen sollen, um entscheiden zu können, ob der dem Geklagten durch das Urtheil auferlegte Haupteid für abgeschworen zu halten sey, oder nicht?

Wie jedoch schon vorauszusehen war, hat Kläger in Folge des unbestimmten erstrichterlichen Bescheides um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Haupteides, der ihm als zurückgeschoben betrachtet werden müsse, gebethen, die auch der Richter wirklich bestimmte, ein Zeichen, daß der Richter selbst den Kläger hiezu berechtiget hielt. Hat dieser gleich selbst das Gesuch des Klägers veranlaßt, obgleich dieser Letztere schon nach dem Gesetze hätte wissen sollen, daß er den Eid nicht als ihm zurückgeschoben ansehen könne, so hätte er noch jetzt seine im früheren Bescheide ausgesprochene Unbestimmtheit saniren können, wenn er über das Beweisantretungsgesuch des Klägers eine Verhandlungstagsatzung angeordnet hätte. Mit vollem Rechte hat daher der Geklagte über den erstrichterlichen Bescheid, wodurch eine Tagsatzung zur Abschwörung des zurückgeschobenen Eides angeordnet wurde, den Recurs ergriffen, in dessen Erledigung das Appellationsgericht dem ersten Richter mit Aufhebung seines Bescheides auftrug eine Verhandlungstagsatzung anzuordnen, und dann über den Umstand zu entscheiden, ob der, dem Geklagten auferlegte, Haupteid für abgeschworen zu halten sey oder nicht?

Es war leicht zu denken, daß der erste Richter in Folge dieser von ihm angeordneten Tagsatzung, bey welcher über die Eidesfähigkeit, über die Zuläßigkeit der Eidesauftragung, und Antretung, so wie über die daraus folgenden Wirkungen pro und contra verhandelt worden seyn wird, erkennen werde, daß der dem Geklagten auferlegte Haupteid nicht für abgeschworen zu halten sey. Diese Entscheidung dürfte der erste Richter nicht nur allein wegen der Conseqnenz seines früheren Bescheides gemacht haben, um die nähmliche Wirkung zu realisiren, wornach der Kläger immer Obsieger wäre, gleichviel, ob er einen ihm (stillschweigend) zurückgeschobenen Eid abschwören würde, oder ob der, dem Geklagten auf-

erlegte Haupteid als nicht für abgeschworen gehalten wird, sondern auch deßhlb, weil er einerseits den Geklagten vermöge der gepflogenen Augenscheinserhebung für eidesunfähig hielt, der als solcher den Eid ohnehin nicht abschwören konnte, andrerseits die Abschwörung nicht durch den Tod, welche Ursache die Gesetze allein bloß ausdrücken, sondern durch die Geistesschwäche des Delaten gehindert wurde. Gegen diesen erstrichterlichen Bescheid recurrirte der Rechtsfreund des Geklagten an das Appellationsgericht, welches erkannte, daß der dem Geklagten durch Urtheil auferlegte Haupteid für abgeschworen zu halten sey.

So ungesetzlich die Entscheidung des ersten Richters ist, so ganz dem Geiste der Proceßgesetze entsprechend halte ich die Entscheidung des zweyten Richters, welche sich durch nachstehende Bemerkungen auch vollkommen rechtfertigen läßt.

Der §. 233 des J. und der §. 307 der west. G. O., so wie die Hofdecrete v. 15. July 1784, Nr. 317. und v. 26. April 1792 Nr. 10. bestimmen ausdrücklich: „daß ein, von einer Parthey gerichtlich angebothener Eid, für dessen Abschwörung das Urtheil ausfällt, für abgeschworen zu halten sey, wenn auch die Abschwörung „durch den Tod der Parthey, er mag vor oder nach dem Urtheile „erfolgt seyn, gehindert wird, wenn anders diese Parthey die Abschwörung durch eine ergriffene Appellation oder nur sonst nicht „verzögert hat.“

Vergleicht man nun unsern Fall mit den, von den Gesetzen vorausgesetzten Fällen, so tritt in unserem Fall der Umstand ein, daß der Geklagte gerichtlich sich angebothen (erklärt) hat, den ihm aufgetragenen Haupteid anzunehmen; ja er hat sogar, nachdem auch das Urtheil auf denselben ausgefallen ist, den Beweis angetreten, welch' letzterer Umstand nach den oben citirten Gesetzen nicht einmal nothwendig wäre, da diese einen eingetretenen Todesfall des zu schwören Verpflichteten auch vor dem Urtheile voraussetzen.

Zudem hat in unserem Falle der Delat die Abschwörung des Eides nicht verzögert, welcher Umstand auch in den gesetzlich angenommenen Fällen vorausgesetzt wird.

Eben so wird in unserem Falle, wie in den gesetzlichen Fällen die wirkliche Abschwörung gehindert, nur daß diese einen eingetre-

tenen Todesfall voraussetzen, während in unserem Falle eine Eidesunfähigkeit als Hinderniß eingetreten ist.

Diese Vergleichung läßt gewiß nicht verkennen, daß unser Fall mit den gesetzlich vorausgesetzten Fällen große Ähnlichkeit hat; indem er sich bloß hinsichtlich der Ursache des Hindernisses der Abschwörung von diesen unterscheidet. Practiker werden nicht anstehen, unsern Fall nach der Analogie der erwähnten Gesetzesstellen zu entscheiden, da sowohl die §§. 437 und 575 der J. und der wg. G. O. als auch des §. 7. des a. b. G. B. dazu berechtigen.

Wenn man jedoch nicht bloß gewagter Weise unsern Fall wegen der vorhandenen Fallsanalogie entscheiden will, so müssen wir uns, um hinsichtlich einer solchen Entscheidung vollkommen beruhigt zu seyn, auch bemühen, den Grund der gesetzlichen Anordnungen auch aufzusuchen, um zu sehen, ob auch unser Rechtsfall durch diesen legislativen Grund sich rechtfertigen, somit als Folge auch unter diesen sich subsumiren lasse? Hiezu fordert uns vorzüglich der §. 7. des a. b. G. auf.

Nach meiner Überzeugung kann der Grund der Gesetze nur in folgender Ansicht liegen: Es läßt sich ohne Anstand behaupten, daß, wenn eine Parthey ihrer Gegenparthey in einem Processe zur Entscheidung der zwischen ihnen streitigen Sache den Haupteid aufträgt, Erstere der Letzteren im Grunde indirecte das Versprechen macht, von ihrem behaupteten Anspruche oder von ihrer behaupteten Befreyung einer Verbindlichkeit abzustehen, wenn diese den ihr aufgetragenen Eid annehmen, und denselben auch in der Folge abschwören wolle. Die wirkliche Abschwörung des Eides setzt jedoch der Deferent nur möglicher Weise voraus, so ferne die Abschwörung anders nicht durch den Delaten selbst gehindert wird. Es läßt sich somit von Seite des Deferenten annehmen, daß er schon zufrieden sey, und seinen Anspruch aufgeben wolle, wenn der Delat sich nur erkläret den aufgetragenen Eid anzunehmen, denn dadurch legt dieser auch den Willen an den Tag, daß er denselben, falls ihm der Richter die Abschwörung im Urtheile aufträgt, auch abzuschwören entschlossen sey, daher man auch behaupten kann, daß ein nachheriges von dem Willen des Delaten unabhängig eintretendes Hinderniß, welches die Abschwörung unmöglich macht, auf eine auch nur mögliche Willensänderung dieses Letzteren keinen Ein-

fluß haben könne; es wäre denn, daß der Delat die Abschwörung selbst verzögert hätte, weil er dadurch nicht undeutlich zu erkennen gibt, daß er, ungeachtet seiner unbedingten Annahme des ihm aufgetragenen Eides, diesen abzuschwören doch nicht gesonnen sey. Eine solche Änderung des Willens kann und darf dem Delaten nicht zum Vortheil gereichen, da er als vertragsbrüchig erscheint. — Die Annahme des Eides von Seite des Delaten begründete zwischen ihm und seinen Deferenten ein Vertragsverhältniß, das seiner Natur nach ein Vergleich ist. [1]) §. 1380 des a. b. G. B. welchem zu Folge der Richter dem Delaten auch den Eid auferlegt, obgleich mit der beygefügten Sanction, daß widrigenfalls der Eid für zurückgeschoben zu halten sey, welch' gesetzliche Sanction sich aber auch nur wieder aus einem von dem Gesetzgeber aufgefaßten vermutheten Willen des auftragenden Deferenten erklären läßt, daß der Eid, wenn ihn der Delat ungeachtet seiner erklärten Annahme doch nicht ablegen wollte, ihm als zurückgeschoben angesehen werden solle, weil der Streit durch den Haupteid einmahl entschieden seyn soll.

Diese Ansicht welche sich so natürlich als Grund der gesetzlichen Verfügungen herausstellt, läßt sich ohne Zwang auch auf unseren Fall anwenden. Auch in unserem Rechtsfalle hat der Delat den ihm aufgetragenen Eid gerichtlich angenommen, auf welchen der Richter erkannt hat, er hat den Beweis sogar angetreten, und selbst die Abschwörung nicht verzögert. Der Wille des Delaten den angenommenen Eid auch wirklich abschwören zu wollen, kann demnach nicht bezweifelt werden. Daß die Gesetze einen gerichtlich angebothenen und durch Urtheil auferlegten Eid als abgeschworen annehmen, wenn der zu schwören Verpflichtete an der Abschwörung durch den Tod gehindert wurde, liegt der Grund darin, daß die Gesetze ein eidesfähiges Subject voraussetzen, das an der Abschwörung nach dem gewöhnlich vorausgesetzten Naturlaufe nur durch den Tod gehindert werden kann, da andere Hinderungsursachen kaum einzutreten pflegen; Alter und Krankheit, für welche Fälle das Gesetz auch vorge-

---

[1]) Man sehe Dr. Rizi Beweis durch den Haupteid im österreichischen Civilprozesse Wien 1837.

sehen hat, aber die Eidesablegung nicht hindern. §. 229 der J. und §. 303 der wg. G. O. — Nichts desto weniger kann man behaupten, daß auch andere Hinderungsursachen, die vielleicht selten eintreten, aber doch eintreten können, nicht ausgeschlossen sind; denn deutlich ergibt sich aus den §§. 233 und 307 der J. und der wg. G. O., daß der Eid nur dann als nicht abgeschworen angesehen werden soll, wenn der zu schwören Verpflichtete die Abschwörung durch irgend einen Selbstact (dem auch jener des gehörig bevollmächtigten Rechtsfreundes gleichgehalten wird), folglich durch ein Verschulden von seiner Seite verzögert hat, woraus sich die ganz natürliche Folge ergibt, daß dieser gesetzlich ausgesprochene Nachtheil nicht eintritt, wenn der zu Schwörende die Abschwörung des Eides nicht durch einen selbst unternommenen Act verzögert hat. Diese Folge beruht auf dem allgemeinen Grund des Gesetzes, daß der Eid für abgeschworen zu halten sey, weil sich der Gegentheil mit der Erklärung der andern Parthey den Eid abschwören zu wollen begnügt hat, welche Willenserklärung aber durch eingetretene Hindernisse, die außer der Willenssphäre des zu schwören Verpflichteten liegen, nicht geändert worden ist. Der specielle Fall des Todes als Hinderungsursache ist als die gewöhnlichste nur als nebenher erwähnt zu betrachten, und nur deßhalb auch noch besonders hervorgehoben, weil bey einem eidesfähigen Subjecte im Allgemeinen nicht leicht eine andere Hinderungsursache sich zu ergeben pflegt. — **Leges desumuntur ab eo quod plurimum accidi solet.**

Sehen wir nun auf unseren Fall, so wurde der Geklagte sowohl von dem Kläger während der ganzen Dauer des Processes, so wie auch von dem Richter als eidesfähig anerkannt. In dieser Eigenschaft ist er durch die Annahme des ihm von seinem Kläger aufgetragenen Haupteides mit diesem in ein Vertragsverhältniß getreten, welch' Letzterer eben unter der Bedingung der Annahme des Eides vom Geklagten, von seinem Anspruche abzustehen sich, wenn auch nur indirect erklärte. Durch die spätere Eidesunfähigkeit des Geklagten ist in dessen früher erklärten Willen auch keine Änderung eingetreten. Der Kläger muß es sich daher selbst zuschreiben, daß der Eid für abgeschworen gehalten wird, da der Geklagte ohne sein Verschulden an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Umstände an

der Abschwörung des Eides gehindert wurde (Analogie des §. 1298 des a. b. G. B.).

Ein weiterer Grund, warum die Gesetze in den von ihnen vorausgesetzten Fällen einen Eid wegen unverschuldeter Verhinderung der Abschwörung als abgeschworen ansehen, dürfte auch der seyn, weil es einem Deferenten, wenn er den Eid unter der Voraussetzung eines eingetretenen unverschuldeten Hindernisse von Seite des Delaten als zurückgeschoben betrachten, und den zurückgeschobenen Eid abschwören könnte, sehr leicht wäre, jedes Unrecht gegen diesen durchzusetzen.

In unserem Rechtsfalle kann noch ein anderer Umstand eingetreten seyn, der öfters und auch gewöhnlich einzutreten pflegt, der wenigstens, wie Manche glauben, beachtenswerth erscheinen dürfte, nähmlich, wenn der Geklagte während der Verhandlung des Processes vor erflossenem Urtheile durch angesuchte Fristerstreckungen die Abschwörung des Eides verzögert hätte, wornach die Frage entstehen kann, ob unter dieser Voraussetzung der angenommene Eid nicht doch für nicht abgeschworen gehalten werden müsse? indem die §§. 233 und 307 der J. und der wg. G. O., so wie das Hofdecret vom 15. July 1784 ausdrücklich sagen, daß der gerichtlich angenommene Eid, auf dessen Abschwörung das Urtheil ausfällt, nur dann für abgeschworen gehalten werde, wenn die zu schwörende Parthey die Abschwörung des Eides weder durch eine ergriffene Appellation, noch sonst verzögert hat. Dieser gesetzliche Ausdruck noch sonst im Gegensatze der erwähnten ergriffenen Appellation scheint nicht undeutlich zu erkennen zu geben, daß der Gesetzgeber nicht nur allein eine Verzögerung nach dem Urtheile durch eine ergriffene Appellation, sondern eine Verzögerung vor dem Urtheile im Auge hatte, die er auch als Verschulden des zu Schwörenden betrachtet wissen wollte, und welches er mit dem Nachtheile verpönt, daß der Eid als nicht abgeschworen zu halten sey. Diese Ansicht scheint auch noch dadurch gerechtfertigt werden zu können, indem das Hofdecret vom 15. July 1784 so wie der §. 307 der wg. G. O. des Umstandes erwähnen, daß die Abschwörung des Eides auch durch einen vor ergangenem Urtheile erfolgten Tod des zu Schwörenden gehindert werden könne, in welchem Falle der Eid, wenn anders das Urtheil auf dessen Abschwörung ausfällt, dann für abgeschworen

gehalten wird, wenn der zu Schwörende die Abschwörung nicht verzögert hat. In diesem Falle, sagt man nun, könne von einer Verzögerung, wäre sie von was immer für einer Art, doch nach dem Urtheile keine Rede seyn, weil der Tod des zu Schwörenden schon vor dem Urtheile erfolgt ist. Es scheint also keinem Zweifel zu unterliegen, daß die in den Gesetzen berührte Verzögerung auf beyde Fälle des sowohl vor als nach dem Urtheile erfolgten Todes (oder einer eingetretenen Eidesunfähigkeit) bezogen werden müsse, besonders, weil die Gesetze den Umstand der Verzögerung nicht bloß auf einen Fall beschränken.

Hält man an diese Ansicht, und nimmt man an, daß der Delat während der Verhandlung des Processes durch eine oder mehrere Fristerstreckungen die Dauer desselben, somit die Urtheilsschöpfung, und dieser zu Folge auch die Abschwörung des Eides verzögert habe, so müsse der Eid, obwohl die Eidesunfähigkeit nach erfolgtem Urtheil eingetreten ist, für nicht abgeschworen gehalten werden, und es würde dann nichts zur Sache machen, ob der Deferent, wie in unserem Falle, die Abschwörung des Eides auch mitverzögert hat, indem die Gesetze immer einen angebothenen Eid als nicht abgeschworen ansehen, wenn nur der zu schwören Verpflichtete im Verschulden ist, ohne weitere Rücksicht, ob auch seinem Gegentheile eine Verzögerung zur Last fällt oder nicht.

Ich muß wohl gestehen, daß ich dieser Ansicht nicht beypflichten kann, und glaube auch kaum, daß die Praxis dieser Ansicht huldigen wird. Meine Meinung geht dahin, daß die Abschwörung nur erst nach dem, auf den Eid ausgefallenen Urtheile nicht verzögert worden seyn dürfte, wenn der von ihm angenommene Haupteid auch abgeschworen gehalten werden soll, wenn er an der Abschwörung desselben durch den Tod gehindert worden ist. Wenn die Gesetze von einer Abschwörung des Eides sprechen, so können sie damit wohl nichts anderes, als eine Hinausschiebung der Vornahme der wirklichen Eidesablegung in eine weitere, fernere Zeit bezeichnen. Von einem vorzunehmenden Act einer Eidesablegung kann aber gewiß doch nur erst dann eine Rede seyn, wenn ein Urtheil auf die Abschwörung des Eides ergangen ist, weil uns in Folge dieses (versteht sich rechtskräftigen) Urtheiles der Act der Abschwörung vorgehen kann. Von einer Verzögerung dieses Actes der wirk-

lichen Eidesablegung kann also während der, noch nicht zum Urtheilsspruche reif gewordenen, Verhandlung des Processes unter den Parthepen vor ergangenem Urtheile nicht gesprochen werden, da es erst noch darauf ankömmt, ob auch der Richter — wenn auch früher schon wahrscheinlich — in seinem Urtheile auf den Eid erkennen werde?

Nach dieser, aus der Natur der Sache geschöpften, Darstellung, mit welcher unsere dießfälligen Gesetze nicht im geringsten Widerspruche stehen, ist demnach eine Verzögerung der Abschwörung des Eides, wie sie die Gesetze annehmen, wenn der Tod (oder eine sonstige Eidesunfähigkeit) vor dem Urtheile eingetreten wäre, nicht wohl denkbar; daher kann auch der gesetzliche Ausdruck: oder sonst verzögert hat, auf die Zeit vor dem Urtheile nicht bezogen werden. Setzen gleich die Gesetze hinsichtlich dieses Falles nicht ausdrücklich eine Ausnahme besonders fest, so läßt sich doch nicht annehmen, daß die Gesetze eine, der Natur der Sache ganz widersprechende Anordnung in sich sollten aufgenommen haben. Man muß daher vielmehr behaupten, daß die Gesetze eine Ausnahme für diesen Fall selbst stillschweigend gebilliget haben.

Hätte in unserem Rechsfall der Delat während des Laufes der Proceßverhandlung bis zu dem erfolgten Urtheile die Dauer des Processes durch angesuchte Fristerstreckungen wirklich verzögert, so könnte eine derley Verzögerung doch nicht als eine solche betrachtet werden, wodurch der Act der wirklichen Abschwörung selbst hinausgeschoben wäre. Der von dem Delaten angenommene Haupteid muß daher nothwendig als abgeschworen angesehen werden.

Welche Art der Verzögerung die Gesetze durch den Ausdruck: oder sonst verstehen, ist durch sie nicht näher angezeigt. Manche Practiker verstehen daher bloß nur ein böswilliges Hinausschieben der Vornahme der Eidesablegung darunter. Sie meinen daher, daß, wenn der zu schwören Verpflichtete wegen eines bey ihm, außer seinem Willen liegenden eingetretenen Hindernisses, z. B. wegen einer anbefohlenen schnellen Abreise im Civil- oder Militärdienste sich genöthiget sähe, um eine Fristerstreckung zur Abschwörung des Eides anzusuchen, die ihm von dem Richter über Einvernehmung und Einverständniß des Gegentheiles auch bewilliget wird,

in diesem Falle eine solche Verzögerung nicht zum Nachtheile gereichen könne.

Hierüber bemerke ich aber:

Es ist ganz richtig, daß, wenn der zu Schwörende nach der vorhergehenden Annahme den Eid auch in einer späteren Zeit abschwört, als in der, welche ihm im Urtheile bestimmt wurde, dieser Act die nähmliche Wirkung hat, als wenn er binnen der im Urtheile ausgedrückten Frist abgelegt worden wäre. Ganz gleichgültig aber ist hiebey die Absicht der angesuchten Hinausschiebung der Abschwörung, möge sie gewesen seyn, welche sie wolle; indem der Gegentheil des Schwörenden, da er in die Hinausschiebung der Vornahme der Eidesablegung selbst einwilligte, dadurch ohnehin auf sein, ihm durch das Urtheil erwachsenes Recht Verzicht geleistet hat. Ihm geschieht also kein Unrecht, möge das Ansuchen um Fristerstreckung in was immer für einer Absicht, also auch in einer böswilligen Absicht geschehen seyn. — Aber nicht zu übersehen ist hier, daß dieser Gegentheil, welcher nur die Abschwörung in weiterer Frist bewilligte, und dadurch bloß auf das Recht, daß die Abschwörung in der gesetzlichen Frist geschehen soll, Verzicht leistete, dadurch noch keineswegs den zu schwören Verpflichteten auch von der Eidesleistung selbst losgesprochen, folglich auch nicht auf sein Recht, die wirkliche Eidesleistung vorgenommen zu sehen, Verzicht geleistet hat. — Auch der Richter hat durch die bewilligte Fristerstreckung die wirkliche Abschwörung des Eides nicht nachgesehen, die er auch, ohne dem Rechte des Gegentheiles, das ihm aus dem Urtheile zusteht, zu nahe zu treten, nicht nachsehen konnte und durfte.

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Eid, wenn der zu Schwörende nicht gerade böswillig, sondern, wie angenommen wurde, wegen eines zufälligen Hindernisses um eine Fristerstreckung zur Abschwörung des Eides angesucht hat, die ihm auch bewilliget wurde, jedoch vor der Abschwörung stirbt, als auch abgeschworen angesehen werden könne, oder ob er nicht vielmehr als nicht abgeschworen zu halten sey?

Das Gesetz hält einen Eid nur dann für abgeschworen, wenn der zu Schwörende die Abschwörung, an der er durch den Tod gehindert wurde, selbst nicht verzögert hat, somit den Eid nicht für abgeschworen, wenn der zu Schwörende die Abschwörung verzö-

gert hat, sey es durch eine ergriffene Appellation oder auf eine sonstige Art, zu welch letzterer gewiß auch die angesuchte Fristerstreckung zur Eidesleistung zu zählen ist. Dem Gesetze genügt also, um einen, durch Urtheil auferlegten Eid als nicht abgeschworen zu halten, jede Art der Verzögerung ohne Rücksicht, welche Absicht dabey zu Grunde liegen mag, wenn sie nur in einer Selbsthandlung des zu schwören Verpflichteten gegründet ist. Auch in dem Begriffe des Wortes verzögern liegt nicht nothwendig eine böswillige Absicht, obgleich auf Seite desjenigen, der verzögert, immer eine Absicht vorhanden ist. Verzögern heißt den Gang, den Lauf einer Sache, das Eintreten eines Factums auf längere oder kürzere Zeit aufhalten oder verhindern, die Dauer desselben verlängern, die Beendigung aufhalten. Die Abschwörung des Eides verzögern heißt also auch nichts anderes, als das Eintreten, die Vornahme der wirklichen Eidesleistung aufhalten, und zwar mit Wissen und Willen, absichtlich. Dieses ist genug, einen Eid, den der zu schwören Verpflichtete wegen des erfolgten Todes nicht abschwören kann, als auch nicht abgeschworen nach dem Gesetze zu halten. Man dürfte vielleicht glauben, daß die Verzögerung des Schwörenden, wenn der Gegentheil eingewilliget hat, nicht mehr als eine Verzögerung angesehen werden könne, daß man also den Eid, an dessen Abschwörung die Parthey durch den Tod verhindert worden ist, als abgeschworen betrachten müsse. Allein, abgesehen davon, daß jede Verzögerung, wenn auch der Gegentheil eingewilliget hat, doch immer eine Verzögerung ist und bleibt, wie eine ergriffene Appellation, in die sogar der Gegentheil, wenn sie anders zur rechten Zeit angebracht wurde, einwilligen mußte, aber doch von dem Gesetze als eine Verzögerung betrachtet wird, so ist zu berücksichtigen, daß der Gegentheil durch die bewilligte Verzögerung keineswegs sich seines weitern Rechtes, daß der Eid von dem zu Schwörenden auch in der erweiterten Frist wirklich abgelegt werden soll, begeben habe, daß also der Eid, welcher wegen des eingetretenen Todes nicht abgelegt werden kann, auch als nicht abgeschworen betrachtet werden müsse.

Schließlich dürfte sich noch die Frage aufdrängen: ob in dem Falle, wenn der Eid wegen erfolgten Todes des zu Schwörenden, der die Abschwörung verzögert hat, als nicht abgeschworen zu hal-

ten ist, der Gegentheil dadurch schon sich als Obsieger betrachten, und sein Recht nun auch sofort im Executionswege durchsetzen könne, oder ob der, nicht für abgeschworen gehaltene Eid dem Gegentheile als zurückgeschoben anzusehen sey, so daß nun von diesem der zurückgeschobene Eid erst abgeschworen werden muß, um als Obsieger sein Recht geltend machen zu können?

Ich nehme keinen Anstand den zweyten Theil der Frage bejahend zu beantworten, somit eine bejahende Antwort des ersten Theiles derselben als unrichtig zu erklären. — Soll der Eid, der für nicht abgeschworen zu halten ist, die Wirkung haben, daß die andere Parthey ihr Recht schon im Executionswege durchsetzen dürfte, so müßte doch vorerst angenommen werden, daß das Widerspiel dessen, was zu beschwören gewesen wäre, für wahr gehalten werden müsse. Allein, eine solche Annahme setzt, wie aus dem §. 210 der J. und aus dem §. 283 der west. G. O. deutlich zu ersehen ist, voraus, daß die zu schwören verpflichtete Parthey den Eid angetreten, und der Richter eine Tagsatzung zur Ablegung des Eides angeordnet habe, bey welcher der Eid nicht abgelegt wird, entweder weil die Parthey bey der Tagsatzung nicht erscheint, oder sonst den Eid nicht ablegen will oder nicht kann. Diese Umstände sind aber nicht vorhanden, wenn der zu Schwörende um eine Fristerstreckung zur Eidesleistung anlangt, indem ein solches Gesuch noch keine Beweisantretung ist, indem er eben dadurch sucht, den Beweis später antreten zu dürfen. Bewilliget ihm der Richter diese Frist, so tritt diese an die Stelle der erstern. Stirbt er nun vor Ablauf dieser Frist, so ist es eben so viel, als wenn er vor Ablauf der ersten Frist, binnen welcher er den Beweis nicht angetreten hat, gestorben wäre. In diesem Falle wird aber sowohl nach dem §. 209 der J. als nach dem §. 282 der west. G. O. der Eid für zurückgeschoben gehalten, folglich auch in dem Falle obiger Frage.

Ueber die Vertheilung
des executiven Kaufschillings vereinter Grundstücke.

Vom

Herrn Dr. Leopold Mayer von Alfo-Rusbach.

In dem zweyten Hefte der Zeitschrift „Themis« neue Folge, Seite 85, befindet sich die ausführliche Darstellung eines Rechtsfalles, dessen Wesenheit folgende Momente bilden:

Joseph B kaufte zwey neben einander liegende, jedoch verschiedene grundbücherliche Objecte bildende Grundstücke, die mit I und II bezeichnet werden mögen. Auf dieselben erbaute er ein Haus, umgab es mit einem Garten, kurz nahm solche Veränderungen vor, daß es in der Folge ganz unmöglich wurde, die Gränzlinie zu bestimmen, welche vor dem die beyden Grundflächen getrennt hatte.

Mehrere Gläubiger des Joseph B erwarben zu verschiedenen Zeitpuncten Hypothekarrechte für ihre Forderungen, welche in dem Grundbuche theils auf dem Grunde I, theils auf II einverleibt wurden. Späterhin wurde das oberwähnte Haus sammt Garten des Joseph B executive veräußert, und bey diesem Anlasse ergab sich die Frage, wie der Feilbiethungserlös unter die Tabulargläubiger der beyden Grundstücke zu vertheilen wäre?

In der Eingangs angeführten Darstellung dieses Rechtsfalles wird bemerkt, daß die Entscheidung, falls ein Rechtsstreit über diese Kaufschillingsvertheilung entstünde, schwierig wäre, weil alle rechtlichen Anhaltspuncte zu fehlen schienen, es müsse jedoch zugegeben

werden, daß die Gläubiger der beyden Grundstücke durch deren Vereinigung in eine Gemeinschaft des Eigenthums nach Maßgabe der §§. 825 und 826 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches durch Zufall gerathen seyen; es sich somit hier um die Vertheilung einer gemeinschaftlichen Sache handle, deren Antheile jedoch unbekannt sind.

Der Richter müsse daher annehmen, daß sämmtliche Gläubiger auf beyde Grundstücke ohne Rücksicht auf jedes einzelne Pfandstück das Pfandrecht erworben haben; es müsse also erkannt werden: Der ganze Licitationserlös sey bloß nach der chronologischen Ordnung der bewilligten bücherlichen Eintragung aller Schuldposten zu vertheilen.

Diese Entscheidung, welche in dem mehrerwähnten Aufsatze selbst etwas gewagt genannt wird, scheint nicht die richtige zu seyn; es wird daher hier versucht, eine andere vorzuschlagen und zu begründen.

Angenommen, Joseph B hätte, bevor seine Realitäten in Execution gezogen wurden, das Grundstück II an den C veräußert, ohne in dem dießfälligen Vertrage etwas über die Antheile fest zu setzen, welche ihnen in dem auf den Grundstücken I und II befindlichen Hause und Garten zustehen sollten, und ohne irgend eine materielle Theilung dieser Gegenstände vorzunehmen, auch sey C als Eigenthümer des Grundes II in den öffentlichen Büchern angeschrieben worden; so kann wohl nicht bezweifelt werden, daß dem B die eine, dem C die andere Hälfte des erwähntn Hauses und Gartens als Eigenthum gebühre, und im Falle eines Rechtsstreites vom Richter zuerkannt werden müsse (§. 839 des a. b. G. B.).

Dann könnten offenbar die auf dem Grunde I eingetragenen Gläubiger nur die dem B gebührende Hälfte des Hauses und Gartens und die Tabulargläubiger des Grundstückes II nur die andere, dem C zustehende Hälfte als die für ihre Forderungen verpfändeten Gegenstände in Anspruch nehmen.

Demnach könnten bey einem executiven Verkaufe der vereinigten Grundstücke I und II, rücksichtlich des Hauses sammt Garten, die Hypothekargläubiger von I nur aus der Hälfte des erzielten Kaufschillings, und jene von II nur aus der andern Hälfte desselben die Befriedigung verlangen.

Dieselbe Art der Kaufschillingsvertheilung würde aber auch dann Statt zu finden haben, wenn **B** das Grundstück **II** nicht veräußert hätte, mithin der in der „**Themis**“ erzählte Sachverhalt ohne Änderung gedacht wird, weil bey der Erörterung des Umfanges des Hypothekarrechts es ganz gleichgültig ist, wer der Eigenthümer der verpfändeten Sache sey, indem aber ein wesentliches Merkmahl des Begriffes dieses Rechts darin liegt, daß dasselbe ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers des Pfandobjects bestehe und geltend gemacht werden könne (§§. 447, 466 und 847 des a. b. G. B.) *).

Nach dem Vorstehenden dürfte es wohl überflüssig seyn, Gründe gegen die Richtigkeit der in der „**Themis**“ geäußerten Ansicht anzuführen, oder die Unzukömmlichkeit zu rügen, daß nach der dort beantragten Vertheilung sich der Fall ergeben könnte, daß sogar der erste Satzgläubiger des einen Grundstückes leer ausginge, wenn der erste Sätzler des andern Grundstücks sein Hypothekarrecht zufälligerweise früher erwirkt hätte, und eine dem Licitationserlöse gleichkommende oder denselben übersteigende Forderung besäße.

*) Auf die gleiche Weise hätte auch nach römischem Rechte die Vertheilung des Kaufschillings vor sich zu gehen, weil im Zweifel gleiche Antheile an der gemeinschaftlichen Sache zu vermuthen sind, fr. 29. pr. ff. pro socio, und auf die Pfandgläubiger die actio communi dividendo utilis anzustrengen berechtigt ist, fr. 7, §. 6 ff. comm. divid.

Ueber die Criminalität

der Theilnehmung am Diebstahle.

Von

Eduard Krenn,
Actuar beym Wiener Criminalgerichte.

Der §. 166 St. G. B. I. Th. lautet: „Ist dem Theilnehmer a) aus dem Betrage oder Werthe des Gutes oder aus dem Vorgange bekannt, daß der Diebstahl oder die Veruntreuung auf eine Art, die sie zum Verbrechen eignet, begangen worden sey, oder b) übersteigt das zu mehreren Mahlen verhehlte, an sich gebrachte oder verhandelte Gut zusammen den Betrag oder Werth von fünfundzwanzig Gulden: so ist die Theilnehmung mit Kerker von sechs Monathen bis auf ein Jahr, nach der Größe des Betrages, der Hinterlist und des beförderten Schadens auch bis auf fünf Jahre zu bestrafen." — Jede geringere Theilnehmung ist nach §. 168 bloß als schwere Polizeyübertretung zu behandeln.

Es ist kaum zu glauben, wie verschieden oft die einfachste und deutlichste gesetzliche Vorschrift nicht bloß von spitzfindigen Grüblern und müßigen Speculanten, sondern auch von trockenen Geschäftsmännern und aller Theorie abholden Practikern ausgelegt wird, und es möge daher entschuldiget werden, wenn ich in dem Folgenden zur Beleuchtung des wahren Sinnes des §. 166 St. G. B. I. Thl. auch solche Fragen aufwerfe, worüber eigentlich gar kein vernünftiger Zweifel besteht.

I. Kann die Theilnehmung am Diebstahle criminell seyn, ohne daß ein crimineller Diebstahl vorliegt.

Allerdings. Haben z. B. A, B und C ohne Einverständniß, zu verschiedener Zeit, an verschiedenen Orten und ohne daß ein in den §§. 154 — 156 St. G. B. 1. Thl. vorkommender qualificirender Umstand vorhanden war, jeder nur einen Werth von 20 fl. Conv. Münze gestohlen, so sind alle drey Diebstähle nur schwere Polizeyübertretungen. Wenn nun D von A, B und C die gestohlenen Sachen zusammen im Werthe von 60 fl. C. M. als wissentlich gestohlenes Gut an sich gebracht hat, so ist er nach §. 166 lit. b St. G. B. 1. Thl. als Verbrecher zu bestrafen, obwohl die Hauptschuldigen A, B und C nur als schwere Polizeyübertreter behandelt werden können. Dieses Verhältniß erscheint auch vernünftigen Strafrechtsprincipien ganz angemessen, denn ein Theilnehmer wie D ist weit gefährlicher, als ein Dieb, wie A, B und C. — Auch jene Befreyungen, welche nach §. 2, lit. d St. G. B. 1. Thl. Kindern unter vierzehn Jahren und nach §. 168 St. G. B. 1. Thl. und §. 213 St. G. B. 2. Thl. den Familiengliedern zukommen, können nach dem Hofkanzleydecrete vom 20. November 1817 J. G. S. Nr. 1387 auf fremde Theilnehmer nicht ausgedehnt werden. Wer also z. B. eine von einem Kinde unter vierzehn Jahren aus versperrtem Behältnisse entwendete Sache im Werthe von mehr als fünf Gulden C. M. an sich bringt, ist, wenn ihm die Art der Entwendung bekannt war, als Verbrecher zu bestrafen, obwohl dem Kinde der Diebstahl nur als schwere Polizeyübertretung angerechnet werden kann.

II. Ist jede Theilnehmung an einem verbrecherischen Diebstahle, sofern nur dem Theilnehmer die Qualification des Diebstahles bekannt war, ebenfalls criminell?

Die Antwort muß man sich aus dem ersten Absatze des §. 166 St. G. B. 1. Thl. heraussuchen. Dieser Absatz stellt zwey Erfordernisse auf, welche zur Criminalität der Theilnehmung nothwendig

sind. Es muß nähmlich erstens der Diebstahl auf eine Art, die ihn zum Verbrechen eignet, begangen worden seyn, und es muß zweytens dieß dem Theilnehmer aus dem Betrage oder Werthe des Gutes oder aus dem Vorgange bekannt gewesen seyn. Was das erste Erforderniß betrifft, so könnte man behaupten, es sey unter der Art, die den Diebstahl zum Verbrechen eigne, nur die Handlungsweise des Diebes oder wenigstens nur die factischen Umstände, unter welchen der Diebstahl verübt wurde, zu verstehen. Allein offenbar hat der Gesetzgeber, als er sich des Ausdruckes „Art“ bediente, dabey auf die Verschiedenheit der qualificirenden Umstände gar keine Rücksicht genommen, denn daraus, daß der §. 166, lit. a voraussetzt, dem Theilnehmer könne auch aus dem Betrage bekannt seyn, daß der Diebstahl auf eine Art, die ihn zum Verbrechen eignet, begangen wurde, ist deutlich zu entnehmen, daß unter der Art, die den Diebstahl zum Verbrechen eigne, nicht bloß die Beschaffenheit der That zu verstehen, sondern daß ein Diebstahl im Sinne des §. 166 auch dann als auf eine Art, die ihn zum Verbrechen eignet, begangen anzusehen sey, wenn auch nur der Betrag die Criminalität desselben begründet. Wenn aber schon ein bloß durch den Betrag qualificirter Diebstahl im §. 166 unter die auf eine sie zum Verbrechen eignende Art begangenen subsummirt ist, so muß dieß um so mehr von einem aus der Eigenschaft des gestohlenen Gutes qualificirten Diebstahle gelten, denn unstreitig kann man von der Entwendung z. B. von Ackergeräthschaften auf dem Felde besser sagen, die Art der Entwendung sey eine verbrecherische, als man diesen Ausdruck auf einen bloß wegen des 25 Gulden übersteigenden Betrages qualificirten Diebstahl anwenden kann. Aus diesem Ausdrucke des §. 166 könnte man nicht einmahl die (durch eine neuerliche allerhöchste Entschließung, von welcher später die Rede seyn wird, ausgesprochene) Ausschließung der im §. 156 aufgeführten, auf der Eigenschaft des Thäters beruhenden qualificirenden Umstände folgern, denn sobald unter Art des Diebstahles auch von der Handlungsweise des Thäters ganz verschiedene Umstände subsummirt werden können, ist kein Grund vorhanden, zwischen diesen Umständen weiter einen Unterschied zu machen. Auf den Ausdruck „Art“ ist folglich gar kein Gewicht zu legen und

der Gesetzgeber wollte offenbar nichts Anderes sagen, als daß die Theilnehmung dann ein Verbrechen sey, wenn dem Theilnehmer aus dem Betrage oder Werthe des Gutes oder aus dem Vorgange bekannt war, daß der Diebstahl ein verbrecherischer gewesen ist. In dem langjährigen Streite, ob die Theilnahme an einem bloß nach §. 156 St. G. B. I. Th. criminellen Diebstahle ebenfalls ein Verbrechen begründe, haben sich auch die Anhänger der verneinenden Meinung weniger auf den Ausdruck „Art," sondern hauptsächlich auf den ebenfalls im §. 166 vorkommenden Ausdruck „Vorgang" gestützt. Es genügt nähmlich, wie schon gesagt wurde, zur Criminalität der Theilnehmung nicht, daß der Diebstahl ein verbrecherischer war, sondern es muß dieß dem Theilnehmer aus dem Betrage oder Werthe des Gutes oder aus dem Vorgange bekannt gewesen seyn. Dieß führt auf verschiedene weitere Fragen.

III. Ist unter dem Betrage oder Werthe des Gutes, woraus dem Theilnehmer die Criminalität des Diebstahles bekannt seyn mußte, der ganze gestohlene Betrag oder nur derjenige zu verstehen, welchen der Theilnehmer verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt hat?

Es hat z. B. A einen Werth von 400 Gulden Conv. Mze. ohne sonstige qualificirende Umstände gestohlen; er erzählt dieß dem B und dieser läßt sich von dem gestohlnen Gute eine Kleinigkeit im Werthe von 4 fl. C. M. schenken. Man könnte behaupten, dem B sey in diesem Falle die Criminalität des Diebstahles nicht aus dem Werthe des Gutes, sondern nur aus der Erzählung des A bekannt gewesen, nur dann sey dem Theilnehmer die nach §. 153 begründete Criminalität eines Diebstahles aus dem Betrage bekannt, wenn er selbst davon einen 25 Gulden C. M. übersteigenden Werth verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt hat. Allein offenbar wollte der a. h. Gesetzgeber nichts Anderes sagen, als daß die Theilnehmung dann ein Verbrechen sey, wenn dem Theilnehmer der Betrag oder Werth des Gutes oder der Vorgang, wegen dessen der Diebstahl ein Verbrechen

war, bekannt gewesen ist. Daß hinsichtlich des **Vorganges** die betreffende Gesetzesstelle eigentlich nur dahin zu verstehen ist, der Vorgang, vermöge dessen der Diebstahl auf verbrecherische Art begangen wurde, müsse dem Theilnehmer bekannt gewesen seyn, und daß es nicht nothwendig ist, daß der Theilnehmer diesen Vorgang unmittelbar wahrgenommen habe, kann wohl nicht bezweifelt werden, denn da die Theilnehmer fast niemahls unmittelbare Zeugen des Vorganges sind, so würde die ganze gesetzliche Disposition ziemlich illusorisch seyn. Es ist freylich nicht ganz einerley, ob man sagt, „es ist mir aus dem Vorgange bekannt, daß ein verbrecherischer Diebstahl begangen wurde," oder ob es heißt: „es ist mir bekannt, daß ein vermöge des Vorganges verbrecherischer Diebstahl begangen wurde," allein im §. 166 wurde ganz sicher dem ersteren Ausdrucke die nähmliche Bedeutung wie dem letzteren unterlegt, denn es läßt sich, wie schon gezeigt wurde, durchaus nicht annehmen, daß der a. h. Gesetzgeber die Worte „aus dem Vorgange" auf die Art, wie der Theilnehmer von der Beschaffenheit des Diebstahles Kenntniß erhielt, bezogen wissen wolle. Da nun im §. 166 von dem Betrage oder Werthe des Gutes in derselben Beziehung wie von dem Vorgange gesprochen wird, so erscheint auch die Ansicht, daß der Theilnehmer in jenen Fällen, wo es auf den Betrag ankommt, nicht unmittelbar aus dem Betrage oder Werthe des Gutes (also aus jenem Gute, welches er verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt hat) die Criminalität des Diebstahles erkannt haben müsse, vollkommen gerechtfertiget.

Noch einem möglichen Einwurfe will ich begegnen, denn es wird gar oft auch etwas sehr Absurdes behauptet. Man könnte folgender Maßen räsonniren. Im zweyten Absatze (sub lit. b) des §. 166 sey nur von dem Falle die Rede, daß das vom Theilnehmer **zu mehreren Mahlen** an sich gebrachte gestohlene Gut den Werth von 25 fl. übersteige, folglich müsse der Fall, daß das vom Theilnehmer auf ein **Mahl** an sich gebrachte gestohlene Gut jenen Werth übersteige, im ersten Absatze (sub lit. a) des §. 166 enthalten seyn. Die in diesem ersten Absatze enthaltene Bestimmung, daß die Theilnehmung dann criminell sey, wenn dem Theilnehmer die Criminalität des Diebstahles aus dem Betrage bekannt war, könne also nur von dem Falle, daß das vom Theilnehmer auf ein Mahl

an sich gebrachte gestohlene Gut den Werth von 25 fl. übersteige, verstanden werden und so wie im zweyten Absatze, nur von jenem Werthe, welchen der Theilnehmer verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt hat, die Rede seyn, so können auch im ersten Absatze, wo von dem Betrage oder Werthe gesprochen wird, nur der vom Theilnehmer an sich gebrachte Werth verstanden seyn. — Die Unrichtigkeit dieser Schlußfolgerung ist wohl von selbst einleuchtend. Es ist zwar richtig, daß die Theilnehmung auch dann criminell seyn müsse, wenn der Theilnehmer auf ein Mahl einen 25 fl. übersteigenden Werth an sich gebracht hat, und daß dieser Fall, weil er unter den zweyten Absatz des §. 166 nicht subsummirt werden kann, im ersten Absatze enthalten seyn müsse; allein daraus folgt ja keineswegs, daß jene Bestimmung des ersten Absatzes, welche ebenfalls von dem Betrage spricht, sich nur auf den Fall, daß der Theilnehmer einen 25 fl. übersteigenden Werth an sich gebracht habe, beziehen könne. Eben so wenig kann daraus, daß im zweyten Absatze nur von dem vom Theilnehmer an sich gebrachten Werthe die Rede ist, gefolgert werden, daß auch im ersten Absatze nur jener Werth, welchen der Theilnehmer an sich gebracht hat, verstanden sey. Im ersten Absatze hatte der Gesetzgeber jene Fälle im Auge, in welchen die Theilnehmung criminell ist, weil dem Theilnehmer die Criminalität des Diebstahles bekannt war, im zweyten Absatze aber jenen Fall, in welchem die Theilnahme ohne Rücksicht auf die Criminalität des Diebstahles ein Verbrechen begründet. Wenn die Theilnehmung ohne Rücksicht auf den Betrag und die sonstige Eigenschaft des Diebstahles ein Verbrechen seyn soll, muß der Theilnehmer allerdings über 25 fl. verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt haben; es wurde aber im zweyten Absatze des §. 166 darum nur von einem zu mehreren Mahlen an sich gebrachten Gute im Werthe von mehr als 25 fl. gesprochen, weil dem Theilnehmer, wenn er auf einmahl gestohlenes Gut im Werthe von mehr als 25 fl. an sich bringt, schon daraus erkennbar ist, daß über 25 fl. gestohlen wurden, die Theilnahme also schon vermöge der im ersten Absatze des §. 166 enthaltenen Bestimmung criminell ist. In diesem ersten Absatze wird indessen nicht davon gesprochen, was der Theilnehmer an sich gebracht hat, sondern was ihm von dem Diebstahle bekannt war. Da nun dem Theilneh-

mer, auch ohne daß er einen 25 fl. übersteigenden Werth an sich bringt, auf andere Art bekannt seyn kann, daß über 25 fl. C. M. gestohlen wurden, so läßt sich aus der von einem ganz verschiedenen Gesichtspuncte ausgehenden Bestimmung des zweyten Absatzes des §. 166 keineswegs deduciren, daß auch im ersten Absatze dort, wo der Betrag oder Werth als entscheidend angenommen wird, bloß der vom Theilnehmer an sich gebrachte Betrag oder Werth zu verstehen sey und daß der Theilnehmer somit, wenn es auf den Betrag allein ankommt, einen 25 fl. übersteigenden Werth an sich gebracht haben müsse. Sobald der Theilnehmer wußte, daß der Diebstahl vermöge des Betrages oder des Vorganges ein crimineller war, ist auch die Theilnehmung ein Verbrechen.

IV. Was ist unter dem Vorgange zu verstehen?

Daß ein aus der Beschaffenheit der That qualificirter Diebstahl ein vermöge des Vorganges verbrecherischer sey, bedarf keiner Erörterung. Bey den meisten aus der Beschaffenheit der That qualificirten Diebstählen muß aber auch ein gewisser Betrag vorhanden seyn. Man könnte nun aus dem Wortlaute des ersten Absatzes des §. 166 folgern wollen, daß der Theilnehmer die Criminalität des Diebstahles entweder aus dem Betrage allein, oder aus dem Vorgange allein erkannt habe, daß also der Diebstahl entweder ein bloß wegen des Betrages, oder ein ohne alle Rücksicht auf den Betrag verbrecherischer gewesen seyn müsse. Allein offenbar wollte der Gesetzgeber die Begriffe „Betrag“ und „Vorgang“ nicht so genau sondern, und es gehört ja z. B. bey einem Diebstahle an versperrtem Gute auch der Umstand, daß über fünf Gulden gestohlen würden, gewissermaßen zu dem Vorgange. Das Wort „Vorgang“ wird zwar oft bloß auf die Art, wie etwas geschieht, angewendet, wie wenn man z. B. von dem Vorgange bey der Grundeinlösung für Staatseisenbahnen spricht, allein man kann den Ausdruck „Vorgang“ eben so gut gleichbedeutend mit „Factum“ oder „Ereigniß“ nehmen, in welchem Sinne der Begriff desselben nicht bloß die Art, wie etwas geschieht (wie gestohlen wurde), sondern auch jenes, was geschieht (was gestohlen wurde), in sich faßt. Daß der Ausdruck „Vorgang“ im §. 166

in dieser weiteren Bedeutung genommen wurde, kann um so weniger bezweifelt werden, weil sich gar kein Grund denken läßt, warum das Gesetz gerade hinsichtlich jener Fälle, wo es nebst einem andern qualificirenden Umstande noch einen gewissen Betrag fordert, von jener Ansicht, von welcher es im ersten Absatze des §. 166 ausgegangen ist, abgewichen seyn sollte. In diesem Absatze macht nähmlich das Gesetz die Criminalität der Theilnehmung an einem verbrecherischen Diebstahle offenbar davon abhängig, daß der Theilnehmer wußte, was (wie viel) und wie gestohlen wurde. Warum sollte nun das Gesetz, wenn das „wie" in Verbindung mit einem bestimmten „wieviel" die Criminalität des Diebstahles begründet, von einem anderen Gesichtspuncte ausgegangen seyn? Wenn die Theilnehmung criminell ist, weil der Theilnehmer wußte, daß an unversperrtem Gute über 25 Gulden gestohlen wurden, warum soll sie nicht criminell seyn, wenn der Thäter wußte, daß an versperrtem Gute über fünf Gulden gestohlen wurden. Beyde Umstände, auf welche das Gesetz Rücksicht nimmt, der Betrag und die Beschaffenheit der That, sind ja vorhanden. Warum sollte nun gerade nur bey der Theilnehmung auf diese Umstände, wenn sie gleichzeitig in Betrachtung kommen müssen, keine Rücksicht genommen werden? Dem Wörtchen „oder" ist da, wo es in dem Satze „aus dem Betrage oder Werthe des Gutes oder aus dem Vorgange" das zweyte Mahl erkannt, keineswegs ein solches Gewicht beyzulegen, als ob dadurch angedeutet werden wollte, es müsse dem Theilnehmer entweder aus dem Betrage oder Werthe allein oder aus dem Vorgange allein die Criminalität des Diebstahles bekannt gewesen seyn. So wenig das Wörtchen „oder" zwischen den Sorten „Betrag" und „Werth" als eine Disjunction begründend angesehen werden kann, indem der Betrag und Werth offenbar zusammenzurechnen sind und die Theilnehmung offenbar auch dann criminell ist, wenn der Theilnehmer wußte, daß z. B. 10 Gulden in barem Gelde und eine Uhr im Werthe von 16 fl. C. M. gestohlen wurden, eben so wenig läßt sich aus dem Wörtchen „oder," wo es vor dem Worte „Vorgang" steht, folgern, daß dadurch die Combinirung eines gewissen Umstandes mit einem gewissen Betrage ausgeschlossen sey. Die Textirung des ersten Absatzes des §. 166 läßt sich recht gut daraus erklären, daß der Gesetzgeber die im

§. 152 gemachte Eintheilung im Auge hatte und durch Erwähnung des Betrages auf den §. 153, durch den Ausdruck „Vorgang" aber auf die folgenden Paragraphe hindeuten wollte.

Es ist also als ausgemacht zu betrachten und wird auch meines Wissens von Niemanden geläugnet, daß im §. 166 lit. a auch jene Fälle verstanden seyen, in welchen nebst einem qualificirenden Umstande noch ein gewisser Betrag zur Criminalität des Diebstahles erfordert wird. Ebenso ist man auch allgemein darüber einverstanden, daß unter dem Vorgange nicht bloß jene Umstände verstanden seyen, welche den Diebstahl nach §. 154 aus der Beschaffenheit der That zum Verbrechen machen, sondern auch jene, welche nach §. 155 aus der Eigenschaft des gestohlnen Gutes die Criminalität des Diebstahles begründen. Man darf auch, um sich von der Richtigkeit dieser Ansicht zu überzeugen, nur die im §. 155 angeführten Umstände näher ins Auge fassen; denn selbst, wenn man behaupten wollte, daß unter „Vorgang" nur die Art, wie gestohlen wurde, zu verstehen sey, muß man doch jedenfalls anerkennen, daß es bey allen im §. 155 vorkommenden Diebstählen wirklich auch auf die Art ankommt, wie gestohlen wurde, ob nähmlich die unmittelbar zum Gottesdienste gewidmete Sache mit einer den christlichen Religionsdienst beleidigenden Verunehrung entwendet wurde, ob die Feldfrüchte vom Felde oder aus der Scheune, die Baumfrüchte vom Baume oder aus der Vorrathskammer, das Vieh von der Weide oder vom Triebe oder aber aus dem Stalle, die Ackergeräthschaften auf dem Felde oder aus einem Haushofe gestohlen worden sind.

Der hauptsächliche und gewisser Maßen einzige Streitpunct war immer der, ob nach §. 166 lit. a. die Theilnehmung am Diebstahle auch dann criminell sey, wenn der Diebstahl bloß nach §. 156, also aus der Eigenschaft des Thäters, ein Verbrechen begründet hat. Hierüber gab es drey verschiedene Meinungen. Die Einen haben nähmlich jene Streitfrage unbedingt bejahet, die andern sie unbedingt verneinet und eine dritte Parthey hing der Ansicht an, daß wohl die vorausgegangenen Abstrafungen des Thäters als ein rein persönlicher Umstand den Theilnehmer nicht berührten, daß dagegen die Theilnehmung criminell sey, wenn der Theilnehmer wußte, daß ein Diebstahl von wenigstens fünf Gulden von einem Dienst-

bothen an den Dienstgeber, von Gewerbleuten oder Taglöhnern an ihrem Meister oder Arbeitsgeber verübe, denn es gehöre ja auch zu dem Vorgange, daß Jemand den Dienstherrn oder Arbeitsgeber bestohlen hat. Als ganz verwerflich wäre diese Ansicht, wenn nicht eine nachträgliche authentische Erklärung ausdrücklich das Gegentheil bestimmte, keineswegs anzusehen und es läßt sich **de lege ferenda** Vieles dafür sagen. Es ist ein weit gefährlicherer und sträflicherer Vorgang, wenn der Dienstherr oder Arbeitsgeber, als wenn ein fremder Mensch bestohlen wird; darum ist es auch gefährlicher, wenn solche Hausdiebe Theilnehmer finden und die Erfahrung lehrt, daß auch gerade die Dienstbothen es sind, welche gewöhnlich Theilnehmer haben und auf welche das Sprichwort, ohne Hehler kein Stehler wäre, die meiste Anwendung findet. Gewißermaßen handelt es sich auch bey dem Diebstahle im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse um die Eigenschaft des gestohlnen Gutes, denn sowie das Gesetz im §. 155 die mehr den Entwendungen ausgesetzten Feld- und Baumfrüchte, das Vieh auf der Weide oder dem Triebe und die Ackergeräthschaften auf dem Felde durch strengere Behandlung solcher Diebstähle mehr davor sichern zu müssen glaubte, so hat es im §. 156 auch das Eigenthum des Dienst- oder Arbeitsgebers in besonderen Schutz genommen.

Soviel sich nun dafür sagen läßt, daß die Theilnehmung am Diebstahle auch dann als Verbrechen behandelt werden sollte, wenn der Thäter wußte, daß ein Werth von wenigstens fünf Gulden im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse entwendet wurde, so kann doch gegenwärtig durchaus nicht mehr behauptet werden, daß die criminelle Behandlung solcher Theilnehmer wirklich dem Gesetze angemessen sey, denn „Seine k. k. Majestät haben nach dem Inhalte des Ju„stizhofdecretes vom 7. December 1841 Hofzahl 7287 mit allerhöch„ster Entschließung vom 27. November 1841 über eine Anfrage, „den Verstand des §. 166 St. G. B. I. Th. betreffend, die Be„lehrung dahin ertheilt, daß die Theilnahme an einem Diebstahle, „welche bloß nach der Eigenschaft des Thäters nach §. 156 St. G. „B. I. Th. diesem als Verbrechen anzurechnen ist, nicht als Ver„bechen anzurechnen sey.“

Diese allerhöchste Entschließung enthält stillschweigend die Bestätigung, daß die Theilnehmung an allen nach §§. 153 — 155

qualificirten Diebstählen (unter der Voraussetzung, daß der qualificirende Betrag oder Umstand dem Theilnehmer bekannt war), als ein Verbrechen anzurechnen sey. Ausdrücklich ist nur vom §. 156 die Rede, weil nur über die Criminalität der Theilnehmung an den nach §. 156 qualificirten Diebstählen ein Zweifel bestand. Dieser Zweifel ist nun vollkommen gelöset. Daß die im §. 156 angeführten Umstände nicht unter dem Vorgange zu verstehen seyen und daß die Theilnehmung am Diebstahle bloß darum, weil der Theilnehmer wußte, daß was immer für ein Werth von einer schon zweymahl wegen Diebstahles abgestraften Person oder daß ein Werth von wenigstens fünf Gulden im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse entwendet wurde, nicht als Verbrechen zu behandeln sey, konnte wohl nicht mehr deutlicher gesagt werden, als dieß in der angeführten authentischen Erklärung mit ausdrücklichen Worten geschehen ist. Sollte man es auch glauben, daß sich Viele doch noch nicht damit beruhigen wollen? So unglaublch es ist, so ist es doch wirklich der Fall. Viele Practiker haben es für so unmöglich gehalten, daß das Dienst- oder Arbeitsverhältniß zwischen dem Diebe und dem Bestohlenen auf den Theilnehmer keinen Einfluß haben solle, daß sie, als sich die Gegenmeinung das erste Mahl auf die allerdings noch vielen Practikern unbekannt gewesene allerhöchste Entschließung vom 27. November 1841 berief, die Existenz dieser Erläuterung ohne Weiteres in Abrede stellten. Als dieses Läugnen nichts mehr half, griffen sie, um ihre bisherige Überzeugung nicht als eine irrige fahren lassen zu müssen, zu einem andern Auskunftsmittel, nähmlich zu einer rabulistischen Auslegung der allerhöchsten Entschließung, wie man sie von besonnenen, jeder Rechtsverdrehung abholden Geschäftsmännern kaum hätte erwarten sollen. An ein einzelnes unscheinbares Wörtchen haben sie sich angeklammert, nähmlich an das Wörtchen „bloß." Die allerhöchste Entschließung lautet nähmlich dahin, daß die Theilnahme an einem Diebstahle, welcher bloß nach der Eigenschaft des Thäters nach §. 156 St. G. B. I. Th. diesem als Verbrechen zuzurechnen ist, nicht als Verbrechen anzurechnen sey. Nun behaupten die spitzfindigen Ausleger, das Wörtchen „bloß" wäre ganz überflüssig, wenn nicht damit gesagt werden wollte, daß nur jener Fall des §. 156 verstanden sey, in welchem es ausschließend nur auf eine rein persönliche, von jedem äußeren Verhältnisse und jeder Beziehung zu dem

Bestohlenen unabhängige Eigenschaft des Thäters ankomme. Nur der Umstand, daß der Thäter bereits früher zweymahl wegen Diebstahles abgestraft wurde, beruhe bloß auf der Eigenschaft des Thäters; dagegen sey dasjenige, worauf es in den übrigen Fällen des §. 156 ankommt, nicht eine bloße Eigenschaft des Thäters, sondern eigentlich ein äußeres Verhältniß desselben, nähmlich jenes zu dem Bestohlenen, und man könne eben so gut sagen, daß es auf die Eigenschaft des Bestohlenen oder auf die Eigenschaft des gestohlenen Gutes ankomme.

Die Unrichtigkeit dieser Auslegung der citirten allerhöchsten Entschließung ergibt sich hinlänglich aus folgenden Gründen:

1) Hätte der Allerhöchste Gesetzgeber bloß die vorausgegangene zweymahlige Abstrafung von dem Vorgange ausnehmen wollen, so würde nicht der ganze §. 156, sondern nur der Absatz I. citirt worden seyn.

2) Es ist nicht anzunehmen, daß bey Erlassung der fraglichen Erläuterung nicht alle die verschiedenen Ansichten, welche über den Einfluß, den die im §. 156 angeführten Umstände auf die Theilnehmer haben, aufgestellt worden sind, erwogen worden seyn sollten; da es nun der Zweck jener Erläuterung war allen dießfälligen Zweifeln ein Ende zu machen, so würde es der allerhöchste Gesetzgeber nicht durch die Beysetzung des leicht unbeachtet bleibenden und jedenfalls keine klare Andeutung gebenden Wörtchens „bloß“ sondern ganz bestimmt und deutlich ausgedrückt haben, wenn er nur die vorausgegangene zweymahlige Abstrafung des Thäters als jenen Umstand hätte bezeichnen wollen, welcher auf die Criminalität der Theilnehmung keinen Einfluß habe. Man muß also annehmen, daß der allerhöchste Gesetzgeber dasjenige sagen wollte, was er deutlich und bestimmt ausgedrückt hat, nicht aber etwas, was man erst mühsam herausinterpretiren muß.

3) Würde das Wörtchen „bloß“ in der fraglichen Erläuterung nicht vorkommen, so könnte es gewiß Niemanden einfallen zu behaupten, daß nur der erste von den im §. 156 angeführten Umständen verstanden sey. Sollte man nun dieß aus dem gedachten Wörtchen folgern können, so müßte dasselbe von solcher Beschaffenheit seyn, daß es sonst keinen Zweck hätte und sich mit einer anderen Auslegung nicht vereinbaren ließe. Allein Keines von Beyden

ist der Fall. Abgesehen davon, daß in einem Gesetze gerade nicht jedes Wort absolut nothwendig seyn und zu dem Sinne der ganzen Anordnung etwas Wesentliches beytragen muß, läßt sich das Wörtchen „bloß" auch auf andere Art recht gut erklären. Dasselbe ist keineswegs überflüssig, insofern der a. h. Gesetzgeber damit an jene Fälle erinnern wollte, in welchen der Diebstahl nicht bloß nach §. 156, sondern z. B. auch nach §. 163 ein verbrecherischer war. Würde das Wörtchen „bloß" nicht vorkommen, so würde bey einer sich strenge an den Wortlaut haltenden Auslegung behauptet werden können, die Theilnehmung an einem im Dienstverhältnisse und an versperrtem Gute verübten Diebstahle von tausend Gulden sey kein Verbrechen, weil der Diebstahl auch aus der Eigenschaft des Thäters qualificirt war. Das Wörtchen „bloß" läßt sich also ganz natürlich und ungezwungen mit der Ansicht, daß in der citirten a. h. Entschließung alle im §. 156 vorkommenden Umstände verstanden seyen, vereinbaren und erscheint in diesem Sinne vollkommen zweckmäßig. Es ist also auch gar keine Rede davon, daß es sich nur mit der entgegengesetzten Auslegung, wornach nähmlich nur die vorausgegangene zweymahlige Abstrafung verstanden seyn soll, vereinigen lasse.

Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet. Der §. 156 läßt keinen Zweifel darüber, daß der a. h. Gesetzgeber unter allen darin angeführten Umständen den Diebstahl als aus der Eigenschaft des Thäters qualificirt betrachtet. Wie kann man nun glauben, daß der Gesetzgeber in der citirten Erläuterung stillschweigend einen Unterschied zwischen mehr oder minder aus der Eigenschaft des Thäters qualificirten Diebstählen machen wollte? Mag der Dieb schon zwey Mahl abgestraft worden seyn oder seinem Dienstherrn fünf Gulden gestohlen haben, so ist der Diebstahl nach dem klaren Wortlaute des §. 156 in dem einen Falle ebenso wie in dem andern aus der Eigenschaft des Thäters qualificirt und so wenig man, wenn von einem bloß aus der Beschaffenheit der That criminellen Diebstahle die Rede wäre, einem Unterschiede zwischen den verschiedenen im §. 154 angeführten Umständen nachzuspüren berechtiget seyn

würde, eben so wenig geht es an, unter den im §. 156 angeführten Umständen einen Unterschied zu statuiren. Wenn ohne sonstige qualificirende Umstände fünf Gulden im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse gestohlen wurden, ist der Diebstahl nach dem klaren Wortlaute des Strafgesetzbuches bloß aus der Eigenschaft des Thäters ein Verbrechen und das Räsonnement, daß der ohne sonstige qualificirende Umstände verübte Diebstahl von wenigstens fünf Gulden im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse nicht ein bloß aus der Eigenschaft des Thäters qualificirter sey, entbehrt somit jedes gesetzlichen Anhaltspunctes, daher auch das in der a. h. Entschließung vom 27. November 1841 vorkommende Wörtchen „bloß" keineswegs zur Begründung einer dem Strafgesetzbuche völlig fremden Unterscheidung benützt werden kann.

Doch genug und vielleicht zuviel schon zur Widerlegung einer auf so seichten Grund gebauten Ansicht, welche jedoch leider in der Praxis wirklich schon Anwendung gefunden hat und sich, wenn nicht kräftig entgegengetreten wird, hier und da dauernd zur herrschenden machen dürfte.

V. Ist die Theilnehmung am Diebstahle criminell, wenn die Umstände des §. 156 nicht hinsichtlich des Thäters, wohl aber hinsichtlich des Theilnehmers vorhanden sind?

Allerdings wird nach dem klaren Sinne der a. h. Entschließung vom 27. November 1841 von dem Grundsatze ausgegangen, daß, wenn es auf die Eigenschaft der Person ankomme, Thäter und Theilnehmer jeder für sich betrachtet werden solle. Es könnte nun scheinen, daß die Consequenz es fordere, dem Theilnehmer, wenn man ihm das Dienst- oder Arbeitsverhältniß des Thäters nicht imputire, dagegen diesen Umstand dann als qualificirend anzurechnen, wenn er selbst zu dem Bestohlenen im Dienst- oder Arbeitsverhältnisse steht. Allein eine wahre Consequenz ist da nicht vorhanden. Die Umstände, welche hinsichtlich des Thäters die Gesetzgebung bewegen mußten, das Dienst- und Arbeitsverhältniß als einen qualificirenden Umstand aufzustellen, sind hinsichtlich des Theilnehmers nicht vorhanden. Eher könnte die vorausgegangene

zweymahlige Abstrafung des Theilnehmers eine Berücksichtigung verdienen, aber auch diese nur, insofern es sich de lege ferenda handelte, denn aus den gegenwärtigen gesetzlichen Bestimmungen läßt sich ein solcher Qualificationsgrund hinsichtlich der Theilnehmung am Diebstahle durchaus nicht folgern, und man muß sich strenge an den §. 166 halten, welcher alle Umstände erschöpft, unter welchen die Theilnehmung am Diebstahle als ein Verbrechen angerechnet werden kann.

VI. **Sind auch hinsichtlich des Theilnehmers, wenn die Criminalität von einem gewissen Betrage abhängt, die Beträge in jedem Falle zusammenzurechnen?**

Diese Frage ist eigentlich schon in der ersten der in diesem Aufsatze erörterten Fragen enthalten, es findet aber ihre Beantwortung besser hier am Schlusse ihren Platz. Im zweyten Absatze (sub lit. b) des §. 166 ist ausdrücklich bestimmt, daß die Theilnehmung am Diebstahle ein Verbrechen sey, wenn auch nur der Gesammtbetrag des vom Theilnehmer zu mehreren Mahlen verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten Gutes 25 fl. C. M. übersteigt. Insofern es also auf den Betrag allein ankommt, muß unstreitig der Werth des vom Theilnehmer verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten Gutes gerade so zusammengerechnet werden, eine hinsichtlich des Diebes nach §. 153 St. G. B. 1. Th. und den Hofdecreten vom 20. März 1812 J. G. S. Nr. 981 und vom 11. May 1816 J. G. S. Nr. 1243 der Werth des zu verschiedenen Mahlen gestohlenen Gutes zusammengezählt wird. Hinsichtlich des Diebes findet die Zusammenrechnung aber auch in jenen Fällen Statt, wo schon der Betrag von fünf Gulden oder darüber ein Verbrechen begründet, so daß also auch jener Dieb als ein Verbrecher zu bestrafen ist, welcher z. B. an versperrtem Gute dreymahl zwey Gulden C. M. entwendet hat. Da nun das letztere der angeführten Hofdecrete ausdrücklich bestimmt, daß die im §. 153 St. G. B. 1. Th. vorgeschriebene Zusammenrechnung auch auf jene dem §. 153 nachfolgende Stellen zu beziehen sey, wo bey dem Diebstahle, der Veruntreuung und dem Betruge ein gewisser Betrag gefordert wird, so erschiene es dem Geiste des Gese-

tzes angemessen, diesen Grundsatz auch auf die Theilnehmung anzuwenden. Daß in dem Hofdecrete vom 11. May 1816 J. G. S. Nr. 1243 der Theilnehmung nicht ausdrücklich erwähnt wird, steht nicht entgegen, weil offenbar nur die Capitel des Strafgesetzbuches, auf welche die Zusammenrechnung auszudehnen ist, bezeichnet werden wollten. Eben so wenig steht der Anwendung dieses Hofdecretes auf die Theilnehmung der Umstand entgegen, daß im Eingange desselben der §. 166 nicht citirt ist, denn der Eingang enthält noch nicht die eigentliche Belehrung und in dem zweyten Absatze, womit die eigenthümliche gesetzliche Verfügung beginnt, ist ausdrücklich von allen dem §. 153 nachfolgenden Stellen die Rede, wo beym Diebstahle, der Veruntreuung oder dem Betruge ein gewisser Betrag erfordert wird. Es ist also nur noch zu untersuchen, wie die Zusammenrechnung sich mit dem Wortlaute des §. 166 vereinbaren läßt. Dabey muß man unterscheiden, ob die vom Theilnehmer an sich gebrachten Beträge oder Werthe, um deren Zusammenrechnung es sich handelt, von demselben Diebe oder von verschiedenen Thätern herrühren.

Ergibt sich der geringere qualificirende Betrag (von mehr als fünf, jedoch nicht mehr als 25 fl. C. M.) aus der Zusammenrechnung solcher Beträge, welche von demselben Thäter mittelst mehrerer gleichartiger Angriffe auf eine unter Voraussetzung eines fünf Gulden übersteigenden Werthes qualificirende Art entwendet wurden, so ist der Theilnehmer, wenn er auch diesen Werth nicht auf einmahl an sich gebracht, verhehlt oder verhandelt hat, jedenfalls als Verbrecher zu behandeln, denn da mehrere von demselben Thäter verübte diebische Angriffe im Sinne des Gesetzes als ein einziges Factum angesehen werden, so läßt sich der erste Absatz des §. 166 recht gut auf den Fall anwenden, daß z. B. A dreymahl versperrte Sachen im Werthe von zwey Gulden C. M. entwendet, und B diese Sachen jedesmahl als wissentlich von versperrtem Gute entwendete an sich gebracht hat, denn hier war es dem B bekannt, daß der Diebstahl (der Inbegriff der von A verübten Entwendungen) auf verbrecherische Art begangen wurde. Hier findet übrigens die Zusammenrechnung eigentlich hinsichtlich des Thäters Statt und es kommt gar nicht darauf an, ob der Theilnehmer einen Werth von mehr oder weniger als fünf Gulden

an sich gebracht hat, denn nur nach dem zweyten Absatze ist auf den Gesammtwerth des vom Theilnehmer an sich gebrachten Gutes nach dem ersten Absatze aber darauf zu sehen, ob der Theilnehmer wissentlich an einem objectiv verbrecherischen Diebstahle Antheil genommen hat. Darum ist auch wohl zu bemerken, daß der Theilnehmer wenigstens Einiges von dem gestohlenen Gute erst dann an sich gebracht haben muß, als ein verbrecherischer Diebstahl schon begangen war, denn hatten die unter einem gewissen qualificirenden Umstande verübten diebischen Angriffe damahls, als der Theilnehmer den letzten Antheil zog, den criminellen Betrag noch nicht erreicht, so hat er zur Zeit der Theilnehmung gar nicht wissen können, daß der Diebstahl auf verbrecherische Art begangen wurde, da der Diebstahl damahls wirklich die Qualification noch nicht erlangt hatte, und Niemanden etwas als geschehen bekannt seyn kann, was noch nicht geschehen ist. Selbst also wenn **A** dreymahl versperrte Sachen im Werthe von zwey Gulden C. M. entwendet hat, und dieß erst nach der dritten Entwendung entdeckt wird, so daß alle drey Entwendungen als ein einziges verbrecherisches Factum zu betrachten sind, kann doch der Theilnehmer dann nicht als Verbrecher behandelt werden, wenn er nach der zweyten Entwendung keinen Antheil mehr gezogen hat, denn erst mit der dritten Entwendung ist ein verbrecherischer Diebstahl zur Existenz gekommen. Hier findet also die Zusammenrechnung wohl hinsichtlich des Thäters Statt, bleibt aber ohne Einfluß auf den Theilnehmer.

Es kann der Fall eintreten, daß auch hinsichtlich des Thäters eine solche Zusammenrechnung nicht mehr Statt finden kann, weil er wegen eines Theiles der einzelnen Entwendungen bereits abgestraft wurde. Es hat z. B. **A** im Jahre 1841 und im Jahre 1842 an versperrtem Gute einen Werth von vier Gulden C. M. entwendet und **B** hat die gestohlenen Sachen jedesmahl als wissentlich von versperrtem Gute entwendete an sich gebracht. **A** wurde wegen der ersten Entwendung schon im Jahre 1841 als schwerer Polizeyübertreter abgestraft, die Theilnahme des **B** blieb aber unentdeckt. Nach der zweyten Entwendung kommt **A** wieder in Untersuchung, er gesteht diese Entwendung und es kommt nun auch die Theilnahme des **B** an beyden Entwendungen an den Tag. **A** kann

auch jetzt wieder nur als schwerer Polizeyübertreter bestraft werden, weil hinsichtlich seiner die beyden Entwendungen nicht mehr zusammengerechnet werden können; hinsichtlich des B aber könnte es scheinen, daß er, weil er wissentlich einen an versperrtem Gute gestohlenen Werth von 8 fl. C. M. an sich gebracht hat, als Verbrecher zu bestrafen wäre. Hier fände also die Zusammenrechnung nur hinsichtlich des Theilnehmers Statt, und es läßt sich eine gewisse Analogie mit dem im zweyten Absatze des §. 166 behandelten Falle nicht verkennen. Allein von der Analogie ist dort, wo das Gesetz bestimmte Normen gegeben hat, kein Gebrauch zu machen und wenn auch das Hofdecret vom 11. May 1816 J. G. S. Nr. 1243 den Richter auffordert, bey Auslegung des Gesetzes sich nicht sclavisch an den Wortlaut einer einzelnen Stelle zu halten, sondern den Zusammenhang ins Auge zu fassen, so dürfte man doch nicht zu einer so weit gehenden Auslegung des §. 166 lit. a berechtiget seyn, wie sie nöthig wäre, wenn man auch den letzterwähnten Fall der Theilnehmung unter diese gesetzliche Bestimmung sollte subsummiren können. Hat A zweymahl an versperrtem Gute einen Werth von 4 fl. C. M. entwendet, ist derselbe jedoch wegen der ersten Entwendung bereits früher abgestraft worden, so können die zwey Entwendungen nicht als ein einziges verbrecherisches Factum angesehen werden, und man kann nicht behaupten, daß der Theilnehmer, welcher den ganzen Werth von 5 fl. C. M. als wissentlich an versperrtem Gute entwendet an sich brachte, aber erst nach der zweyten Entwendung entdeckt wird, gewußt habe, daß der Diebstahl auf verbrecherische Art begangen wurde. Ein verbrecherischer Diebstahl ist gar nicht zur Existenz gekommen und würde sich nur aus der Zusammenrechnung zweyer Entwendungen ergeben, die aber hinsichtlich des Thäters nicht zusammengerechnet werden können. Da nun der §. 166 eine von dem verbrecherischen Thatbestande des Diebstahles ganz absehende Zusammenrechnung nur hinsichtlich eines 25 fl. übersteigenden Betrages oder Werthes des vom Theilnehmer verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten gestohlenen Gutes ausspricht, für alle übrigen Fälle aber die Criminalität der Theilnehmung von der Existenz eines objectiv verbrecherischen Diebstahles und von dem Umstande, daß dem Theilnehmer die Existenz eines solchen objectiv verbrecherischen Diebstahles bekannt war, ab-

hängig macht, so ließe sich die Ansicht, daß der Theilnehmer, welcher wissentlich einen unter einem qualificirenden Umstande gestohlenen Werth von mehr als fünf Gulden C. M. auf einmahl oder zu mehreren Mahlen an sich gebracht hat, jedenfalls und ohne Rücksicht darauf, ob ein objectiv verbrecherischer Diebstahl wirklich zur Existenz gekommen ist, als Verbrechen zu behandeln sey, mit der Anordnung des Gesetzes nicht wohl vereinigen.

Hiemit ist auch der bereits früher unterschiedene Fall, daß der Theilnehmer einen von verschiedenen Thätern, in verschiedenen, nur als schwere Polizeyübertretungen erscheinenden Angriffen entwendeten Werth von mehr als fünf Gulden, dessen Entwendung aber als ein einziges Factum ein Verbrechen begründen würde, wissentlich an sich gebracht hat, ebenfalls entschieden. Es war kein crimineller Diebstahl vorhanden und dem Theilnehmer konnte also auch die Existenz eines solchen nicht bekannt seyn. Eine Zusammenrechnung der einzelnen Beträge findet also hinsichtlich des Theilnehmers nur dann, wenn er über 25 fl. C. M. verhehlt, an sich gebracht oder verhandelt hat, Statt; es hat jedoch die vom Gesetze hinsichtlich des Thäters vorgeschriebene Zusammenrechnung auch auf den Theilnehmer Einfluß, insofern durch diese Zusammenrechnung bereits zur Zeit der Theilnehmung ein verbrecherischer Diebstahl zur Existenz gekommen war und dieß dem Theilnehmer bekannt gewesen ist.

Kann nach dem österreichischen

Criminal-Strafgesetze

ein Recurs gegen ein Urtheil, welches auf einen Recurs erfolgt, ergriffen werden, wo das Obergericht die Strafe in ihrer Dauer verkürzt und für die Verkürzung Fasten oder körperliche Züchtigung anordnet?

Von

Herrn Maximilian Ziegelhauser.

Aus dem §. 49 ist unverkennbar zu entnehmen, daß eine solche Änderung weder als Linderung noch Verschärfung betrachtet ist und der Recurs gegen Urtheile des Obergerichtes ist doch nur dann zu ergreifen, wenn selbes auf Verschärfung erkennt §. 462.

Daß der §. 49 jedoch nicht überall Anwendung findet, soll die Folge zeigen.

Dieser §. würde den politischen Gründen, auf die sich die Begnädigung des Recurses stützt, nähmlich um den recursberechtigten Personen selbst den Schein, als wäre das Urtheil ungerecht, zu benehmen und den Verurtheilten überhaupt vor jeder Willkühr und Irrung des untern Richters zu schützen, zuwider laufen.

Indem, wenn hier der Recurs nicht ergriffen werden kann, viele wohl auf Urtheile der ersten Instanz keinen ergreifen würden, die ihn ergriffen hätten, wenn keine solche Änderung möglich wäre.

Sollte auch dieser Grund nicht ausreichen, so kommt noch ein anderer in Erwägung zu ziehen und zwar: der Recurs ist keine gesetzlich nothwendige Handlung, denn er hängt von dem

freien Willen des Verurtheilten und nie von einem Gerichte ab (§. 463), also dem Staate nur um Verminderung der Strafe oder überhaupt um einen milderen Ausspruch, wenn selbes gesetzlich ist, zu thun ist, und nie um eine Verschärfung (§. 467). Er ist daher kein gesetzlich nothwendiger Act.

Hier ist also jedem Einzelnen anheim gestellt, die bestimmte Buße zu erleiden, oder um eine Begnädigung anzusuchen.

Würde die Strafe auf gedachte Art geändert, so würde dieses dem Begehrungsvermögen und dadurch der freyen Wahl der Meisten oder mancher Einzelnen zuwider seyn und daher mit dem §. 463 und 467 im Widerspruche stehen.

Würde sich dieß auch nicht beym Fasten ereignen, so doch gewiß bey der körperlichen Züchtigung.

Ist man daher dafür, daß nach dem Gesetze hier kein Recurs Statt haben darf, so ist man auch dafür, daß das Gesetz sich widerspricht.

Es kann daher in diesen Fällen eine solche Urtheilsänderung als Verschärfung betrachtet werden, also nach §. 462, welcher von Urtheilen, gegen die der Recurs ergriffen werden kann, spricht und folgende Stelle enthaltet: „oder das Strafurtheil entweder in der Strafdauer oder sonst verschärft worden ist," der Recurs zugelassen werden, und da der §. 467 sagt: „Niemahls aber darf bey Gelegenheit eines Recurses das Urtheil auf eine strengere Behandlung des Recurrenten abgeändert werden," so hat, wenn nicht etwa auf eine Milderung erkannt wird, wenn der Verurtheilte recurriret, das Urtheil der ersten Instanz Platz zu greifen.

Hier entsteht jedoch die Frage: In welchen Fällen sieht denn das Gesetz die Änderung nach §. 49 für keine Verschärfung an?

In Fällen, wo selbe nach keinem Recurse zuerkannt wird, also dem Verurtheilten eine gewisse Strafe auszuhalten oder um ein günstigeres Urtheil zu bitten, nicht frey stand, daher selbe politischer Gründe wegen gestattet ist.

Wie ist es jedoch, wenn andere zu recurriren berechtigte Personen den Recurs ergreifen, das Urtheil auf gedachte Art abgeändert wird, sie damit zufrieden sind, jedoch der Verurtheilte nicht?

Da es sich hier um die Entscheidung einer Sache handelt, wo mehrere ein gesetzliches Interesse daran haben, so scheint zur persön-

lichen Begünstigung dessen entschieden werden zu müssen, der unmittelbar am meisten damit verflochten ist.

Die schuldlosen Familien u. s. w. hat schon der untere Richter zu berücksichtigen.

Überdieß würde auch oft der Recurs von Nebeninteressenten wegen einer solchen möglichen Abänderung unterbleiben.

Ist aber mit einem solchen Urtheile der Verurtheilte zufrieden, und die andern Recurrenten nicht, so wird hier der nähmliche Grundsatz gelten, als wenn der Verurtheilte zufrieden wäre und die Übrigen nicht, daß nähmlich der Verurtheilte hier vor den Andern berücksichtigt werden muß, indem er wie dort am meisten mit der Sache verflochten ist.

Da in allen Fällen nicht dem Nebeninteressenten sein Wille geschieht, mit Ausnahme desjenigen Willens, wo beyde gleichen haben (allein hier geschieht seinem Willen nur zufällig und nicht als Wirkung einer ihm angehörigen Ursache Genüge), so kann es scheinen, als ob der Recurs den Nebeninteressenten ohne Zweck gestattet wäre.

Wäre jedoch der Recurs dieser Personen zwecklos, warum hätte das Gesetz ihnen selben eingeräumt?

Weil doch manchmahl die Schüchternheit des Verurtheilten selben vor der Ergreifung des Recurses abschreckt, obwohl ihm der Richter gelassen und wohl bedeutet, daß er sich durch selben keine Strafe zuzieht, weil die Zwischenzeit, von der der Recurs angemeldet, bis er höhern Orts zurück kommt, nur bey erfolgter Milderung eingerechnet wird; weil nicht jeder Verurtheilte die Gründe einsieht, die zu seiner Vertheidigung dienen können, daher nicht alle vorbringt, obschon der Richter ihn auf Alles leitet, was zur gerechten Vertheidigung dienen kann.

Allein der Richter ist in der Regel nicht so bekannt mit der verurtheilten Person, ihrem Thun und Verhältnissen, als die recursberechtigten Personen, daher er nur mehr auf allgemeine Vertheidigungsgründe führen kann.

Wenn auch selten, so gibt es doch Fälle, daß, um z. B. verhaßten Verhältnissen zu entgehen, die Menschen den Kerker einem freyen Leben vorgezogen haben.

Wenn dem Verurtheilten unrecht geschehen würde, er aber

dieses zu beurtheilen nicht im Stande ist, wenn er ein sehr leichtsinniger Mensch ist.

In allen diesen Fällen ist es theils möglich, theils gewiß, daß der Verurtheilte den Recurs nicht ergreift.

Hier also ist auch für den Nebenintereßenten einen wirksamen Recurs zu ergreifen möglich; denn hier erscheint seine Wirkung nicht als überflüssig, sondern aus Ursache, aus welcher eine bestimmte Hauptwirkung hervorging.

Wie gezeigt, hängt es ja auch in diesen Fällen von dem Willen des Verurtheilten ab, einer, auf die besprochene Art abgeänderten Strafe beyzustimmen zu wollen. Allerdings, wenn der Verurtheilte beystimmt, so ist der Nebenintereßent doch die Ursache, daß derselbe eine Wahl hat, denn ohne seinen Recurs würde das Urtheil nicht abgeändert worden seyn; weil der Verurtheilte nicht recurrirt hat.

Wird das Urtheil jedoch gelindert oder gar auf Schuldlosigkeit erkannt, so hat der Verurtheilte oder Freygesprochene nichts dagegen einzuwenden. §. 4.

Überhaupt findet in unserem Strafverfahren kein Verzicht Statt.

Dieser Aufsatz findet auch bey schweren Polizeyübertretungen seine Anwendung, wo auf einen Recurs eine solche Urtheilsänderung erfolgt.

Welcher

Gerichtsbarkeit

sind die ehelich erzeugten oder nach den Gesetzen den ehelich erzeugten gleichzuhaltenden minderjährigen, oder aus was immer für einer Ursache noch unter der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt stehenden Kinder eines Familienvaters, der nach gesetzlicher gänzlicher Auflösung des Ehebandes in den geistlichen Stand übertritt, unterworfen?

Von

Ignaz Schuster,
Auscultanten des k. k. n. ö. Landrechtes.

Wenn auch die vorstehende Frage in der Praxis gewiß selten zum Vorscheine kommen wird, so dürfte sie dennoch in diesen — obgleich vorzüglich nur der Praxis gewidmeten — Blättern gütige Aufnahme finden, um so eher, als selbe vor wenigen Jahren in der Gerichtspraxis aus Anlaß eines vorgekommenen Falles wirklich zur Sprache kam.

Ich glaube, daß die vorliegende Frage dahin zu entscheiden sey, daß die daselbst gedachten Kinder nach der allgemeinen Vorschrift der Jurisdictionsgesetze der Gerichtsbarkeit desjenigen Gerichtes, unter welchem der Vater derselben nach seiner Eigenschaft als Geistlicher steht, daher mit Rücksicht auf das privilegirte Forum der Geistlichen, dem Landrechte der Provinz unterworfen

seyen, in welcher der Vater seinen Wohnsitz hat, oder falls selber schon verstorben wäre, bey seinen Lebzeiten gehabt hat, und vermeine diese Ansicht mit Folgendem zu begründen.

Nach den Anordnungen der Jurisdictionsnormen (§. 12 der J. N. für Niederösterreich, §. 11 der J. N. für Oberösterreich, Böhmen, Mähren; §. 8 der J. N. für Tyrol u. s. w.) sind der Gerichtsbarkeit, unter welcher der Hausvater steht, auch seine ehelichen oder nach den Gesetzen den ehelich erzeugten gleichgehaltenen Kinder, so lange sie minderjährig sind, oder in eigene Haushaltung (proprium focum) haben, unterworfen.

Diese ganz allgemein hingestellte Vorschrift gilt ohne Unterschied für alle Fälle, für welche das Gesetz selbst nicht ausdrücklich (wie z. B. rücksichtlich der Kinder der zum Hofstaate der Glieder des a. h. Herrscherhauses gehörigen Personen, oder der nach der zweyten Art verheiratheten subalternen Soldaten u. s. w.) besondere Ausnahmen festgesetzt hat; da nun für den fraglichen Fall kein Ausnahmsgesetz besteht, so ergibt sich, daß auf selben lediglich nur die obige allgemeine Vorschrift in Anwendung zu bringen ist. Nun stehen aber nach dem Hofdecrete vom 2. April 1802 J. G. S. Z. 556 Mitglieder des katholischen Clerus unter der Gerichtsbarkeit der Landrechte, es folgert sich also von selbst, daß auch die aus einer allfälligen früheren ehelichen Verbindung abstammenden Kinder eines Mitgliedes dieses Standes der Competenz der Landrechte sich zu erfreuen haben.

Diese Behauptung wird noch mehr gerechtfertiget durch die Verordnung des Hofdecretes vom 6. July 1832 J. G. S. Z. 64, zu Folge welcher neuerlich auf die Anfrage: ob und in wie ferne mit dem Übertritte des Vaters in eine andere Gerichtsbarkeit auch die Obercuratel über seine Kinder kraft des Gesetzes an sein neues Gericht übergehe, der Grundsatz festgestellt wurde, daß nach den bestehenden Jurisdictionsnormen Minderjährige, deren Vater noch lebt, keinen eigenen Gerichtsstand haben, sondern dem Gerichtsstande ihres Vaters folgen.

Endlich spricht für die aufgestellte Ansicht der Umstand, daß die Kinder der Glieder der augsburgischen und helvetischen Confession, welche die Ordination zum Predigeramte erhalten haben, und zwar ganz richtig — da letztere der landrechtlichen Jurisdiction

theilhaftig betrachtet werden, wie dieses die tägliche Gerichtspraxis bestätiget; es ist nun gewiß nicht zu zweifeln, daß die Gesetze die Kinder der Diener der Staatsreligion in diesem nicht unwichtigen Puncte jenen der Diener einer nicht zu bevorzugten Religion sicherlich nicht nachsetzen wollen.

Die Einwendungen, welche gegen die obige Behauptung vorgebracht und rücksichtlich vor den Vertheidigern der Meinung, daß die in der Frage stehenden Kinder der Gerichtsbarkeit jener Gerichte unterstehen, welchem der Vater von seinem Eintritte in den geistlichen Stand unterworfen war, geltend gemacht werden, sind im Wesentlichen folgende:

1) Der für Geistliche privilegirte Gerichtsstand sey allein auf seine Person und seine Eigenschaft beschränkt; der Grundsatz, daß die Kinder dem Gerichtsstande des Vaters zu folgen haben, sey daher im vorliegenden Falle nicht anwendbar.

Diese Behauptung dürfte wohl als eine im Gesetze nicht genügend begründete erscheinen, da die Hofdecrete von den Jahren 1791 bis 1798 unter den Zahlen der Justizgesetzsammlung 137; 141; 145; 147 bis incl. 151; 154; 157; 162; 166; 172; 177; 185; 191; 235 und 238; zu Folge deren die unadeligen Geistlichen den Magistraten, und ebenso das Hofdecret vom 2. April 1802 J. G. S. Zahl 556, zu Folge dessen dieselben, und rücksichtlich des katholischen Clerus endlich den Landrechten untergeordnet wird, ganz allgemein ohne die obenerwähnte scharfe Begränzung sprechen; — man könnte freylich weiter dagegen einwenden wollen, daß man doch sicherlich das Kind eines Geistlichen — falls es sich nicht selbst dem geistlichen Stande gewidmet hat, — nicht unter dem Begriffe des Wortes: Clerus subsummiren könne; allein wie wenig passend ein solcher Einwurf wäre, ergibt sich aus dem Umstande, daß z. B. auch die Kinder der Militärs, ohne selbst Militärs zu seyn, der Militärgerichtsbarkeit unterstehen, und es überhaupt nach den Gesetzen bey der Jurisdictionsfrage rücksichtlich der noch nicht selbstständig gewordenen Kinder nicht auf ihren Stand ankommt.

2) Weiter wird eingewendet, es walte in dem vorliegenden Falle dasselbe Verhältniß ob, wie in jenen Fällen, wenn einem Vater für seine Person ein Ritterorden verliehen wird, in wel-

chen Fällen die mit dieser Auszeichnung verbundenen Vortheile auf die Familienglieder nicht ausgedehnt werden können.

Dieser Einwendung düfte mit Folgendem begegnet werden:

In dem Hofdecrete vom 10. December 1814, Z. 1113, worauf sich der vorstehende Einwurf gründet, ist deutlich hervorgehoben, daß die dortgedachten — nähmlich die mit einem Ritterorden oder dem Ritterschlag ausgezeichneten Individuen nur für ihre Person des privilegirten Gerichtsstandes sich zu erfreuen haben, nun ist aber kein Grund vorhanden, und ich glaube vielmehr, daß es der Anordnung des Gesetzes entgegen ist, von dieser Ausnahme eine Analogie auf den vorliegenden Fall zu ziehen, indem nach der Vorschrift des §. 7 des a. b. G. B. (welche Anordnung so wie überhaupt sämmtliche Bestimmungen der Einleitung des a. b. G B. nach der Umschrift derselben von allen bürgerlichen Gesetzen überhaupt gelten) Entscheidungen nach der Analogie nur dann Statt finden sollen, wenn sich ein Rechtsfall aus den Worten des Gesetzes nicht entscheiden läßt, welches aber bey vorstehender Frage nicht der Fall ist, da selbe nach dem allgemeinen Wortlaute der obcitirten Jurisdictionsnormen sehr wohl entschieden werden kann, abgesehen davon, daß Ausnahmen von der allgemeinen Regel strenge zu interpretiren seyen, und daß, wenn man schon eine analogische Entscheidung hier in Anwendung bringen zu müssen glaubt, die Entscheidung nach der Analogie mit den rücksichtlich der Kinder der akatholischen Seelsorger dießfalls, wie bereits oben erwähnt, täglich in der Praxis geübten gesetzlichen Bestimmungen jedenfalls den Vorzug zu verdienen schiene.

3. Das Gesetz habe bey Festsetzung der Vorschriften bezüglich der Frage, welcher Gerichtsbarkeit die noch nicht selbstständig gewordenen Personen unterstehen, den Fall nicht vorgesehen, wenn ein Familienvater in den geistlichen Stand tritt, weil er zu den äußerst selten sich ereignenden Fällen gehört, derselbe sey daher nicht nach diesen Verordnungen zu entscheiden.

Abgesehen, daß es schwer, ja eigentlich unmöglich ist, zu behaupten, welche Fälle der a. h. Gesetzgeber bey Erlassung seiner Gesetze vorgesehen habe und welche nicht, so scheint dieser Grund keinen Falls Berücksichtigung zu verdienen, indem, wenn sich der Richter in eine derleyartige Untersuchung einlassen wollte, den Zweifeln und

der dadurch herbeygeführten Rechtsunsicherheit freye Bahn geöffnet würde; — darum werden ja allgemeine Vorschriften ertheilt, damit nach solchen die unter so vielen selbst von dem weisesten und umsichtigsten Gesetzgeber unmöglich vorauszusehenden Gestaltungen vorkommenden Rechtsverhältnisse beurtheilt und entschieden werden sollen.

Durch das Vorangeführte dürfte wohl die obige Behauptung genugsam begründet erscheinen, und um so mehr für selbe das Wort gesprochen werden, als es gewiß redlich erscheint — was übrigens auch durch die gesetzlichen Bestimmungen der §§. 6 und 7 des a. b. G. B. vorgeschrieben ist — so weit es dem Richter nur immer möglich ist, darnach zu streben, eine zweifelhafte Rechtsfrage nach dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes zu entscheiden, und dadurch das der Rechtssicherheit, — als ein der richterlichen Willkühr so leicht Thür und Thor öffnendes — gefährliche Gebieth der Entscheidungen nach Analogie oder nach natürlichen Rechtsgrundsätzen nach Möglichkeit zu meiden.

Daß das, was vorstehend zunächst von jenen Kindern gesagt worden seyn mag, deren Väter sich dem Weltpriesterstande widmeten, — unter der Voraussetzung, daß man unter den allgemeinen Ausdrücken: „unadelige Geistliche und Clerus" der obcitirten Hofdecrete von den Jahren 1791 bis 1798 und jenem vom 2. April 1802 Z. 556 ohnedem nicht schon auch die Klostergeistlichen in dem vorkommenden Falle eines Jurisdictionsactes über selbe [1]) verstehen wollte — wenigstens analogisch auch für jene Kinder, deren Väter sich dem Priesterstande in einem Kloster, Stifte oder Orden gewidmet haben, zu gelten habe, dürfte wohl keiner nähern Begründung bedürfen. Ebenso ergibt sich von selbst, daß die in der Frage stehenden Kinder eines Militärgeistlichen nach dem bereits Gesagten ebenfalls dem Gerichtsstande ihres Vaters unterliegen, und somit unter die Militärjurisdiction, und zwar jenes Militärgerichtes, welchem der Vater untersteht, gehören.

Es möge nur noch erlaubt seyn, die Frage, zu welcher die vor-

---

[1]) Unlängst ist erst ein solcher Fall in der Gerichtspraxis zur Entscheidung gekommen, den ich mir in einem andern Aufsatze zu erzählen erlauben werde.

stehende Erörterung von selbst die Veranlassung gibt, zu berühren, ob einem Familienvater nach dem Übertritte desselben in den geistlichen Stand, und insonderheit in ein Stift oder Kloster auch die Ausübung der väterlichen Gewalt überlassen bleiben kann, welche Frage mit bloßer Rücksicht auf die bürgerlichen Rechtsgesetze bejahend beantwortet werden muß, da unter der im bürgerlichen Gesetzbuche angeführten väterlichen Gewalt der vorstehende Fall nicht vorkommt, vielmehr Weltgeistlichen, wenn sie sich diesem Amte unterziehen wollen, der Regel nach (§. 195 a. b. G. B.) und selbst Ordensgeistlichen, wenigstens ausnahmsweise (§. 192 a. G. B.) eine Vormundschaft übertragen werden kann, abgesehen von dem Umstande, daß die Milde unserer Gesetze, wenn sie gleich der Regel nach die Pflichten eines Familienvaters mit jenen eines Priesters unvereinbarlich finden, und daher die Mitglieder des geistlichen Standes des Rechtes der Begründung einer Familie nicht theilhaftig werden lassen, doch gewiß nicht aus Veranlassung des Übertrittes eines Familienvaters in einen so ehrwürdigen Stand (welcher Fall übrigens ohnedem unter die selten sich ereignenden gehört), die bereits im gesetzlichen Wege gewobenen Familienbande zerreißen oder doch wenigstens lockern will.

Einiges über die

Militär-Criminal-Justizpflege.

(Fortsetzung.)

Vom

Herrn ****

Zu den Verhören werden, so viel es nurthunlich ist, Männer von Einsicht und guter Aufführung, dann auch solche beordert, welche der Sprache der Inquisition kundig sind; ist aber der Auditor der letzteren nicht mächtig, so muß ihm in der Person eines Ober- oder wenigstens Unterofficiers ein der deutschen und fremden Sprache kundiges Individuum als Dollmetscher beygegeben werden, welcher übrigens zugleich auch Beysitzer seyn kann. Verwandte des Beschuldigten, Zeugen und solche Personen, welche mit dem Inquisiten in Feindschaft oder vertrauter Freundschaft leben, oder in solchen Verhältnissen zum Beschuldigten oder zur den in der Frage stehenden Sachen stehen, die eine Partheylichkeit besorgen lassen, sind vom Vor- und Beysitz ausgeschlossen.

Was nun das Verfahren überhaupt und die Verhöre, nähmlich das summarische und ordentliche (articulirte), betrifft, so wird nach Vorschrift der Theresianischen peinlichen Gerichtsordnung vorgegangen, welches im Wesentlichen mit dem Verfahren bey Civil-Criminalgerichten übereinstimmt. Bemerkt übrigens einer der Beysitzer, daß im Zuge des Verhörs etwas außer Acht gelassen oder nicht hinlänglich erörtert wurde, so hat derselbe den Präses des Verhörs um die Abtretung des Verhafteten zu ersuchen, dann seinen Umstand

vorzutragen, damit solchen, wenn er gegründet ist, behoben werde. Bey jeder Unterbrechung und beym Schlusse des Verhörs wird dasselbe vom Untersuchungsrichter (Auditor) dem Inquisiten deutlich vorgelesen, und dann, wenn dieser Etwas zu ändern, zu erörtern oder beyzusetzen hätte, Solches — ohne jedoch an dem Niedergeschriebenen Etwas zu verbessern — im Verhörsprotocolle angemerkt. Jeder Bogen des Verhörs wird vom Beschuldigten unterschrieben, oder, wenn er des Schreibens unkundig ist, mit seinem Handzeichen bestätigt, die Ursachen der Abbrechung unterhalb dieser Überschrift angemerkt, sofort das Protocoll von den Beysitzern nach ihren Chargen, von der untersten angefangen so gefertigt, daß die Unterschriften des Präses und Auditors zuletzt beygerückt werden.

Wird übrigens ein Verbrecher bey einer Militärbehörde eingebracht, welcher derselbe nicht untersteht, so ist zu unterscheiden, ob seine competente Behörde sich im Bezirke des General-Commando's (in welchem er angehalten wird) befindet oder nicht. Im ersteren Fall wird von derjenigen Behörde, bey welcher der Verbrecher eingebracht wurde, der Thatbestand erhoben, der Verbrecher summarisch verhört, sofort aber zu seinem Regiment oder Corps abgeschickt, — im letzteren Fall aber, nach einer zur Beschleunigung der Justizpflege bestehenden besonderen Vorschrift, von der obgedachten Behörde untersucht, abgeurtheilt und nach der Abstrafung mittelst Transportes zum betreffenden Militärkörper abgesendet. Handelt es sich übrigens nur um minder bedeutenden, gemeinen und dürftigen Personen zur Last fallende Vergehen, so wird, wenn der Inquisit im Läugnen ist und aus dem summarischen Verhöre hervorgeht, daß zur vollständigen Überweisung eine weitläufige Untersuchung und Einholung vielfältiger Auskünfte nöthig werden, die Untersuchung abgebrochen, und der Verdächtige, nach Maßgabe der gegen ihn vorliegenden Anzeigungen mit einer außerordentlichen Strafe belegt, damit derselbe nicht etwa durch die Dauer der Untersuchung dem Ungemach einer langwierigen, die ordentliche Strafe des ihm angeschuldeten und sofort erwiesenen Vergehens, überdieß auch zum Nachtheile des Dienstes, ausgesetzt werde, welch langwieriger Untersuchungsarrest dann als Strafe angerechnet werden müßte.

Hier finden nun die beym Militär über die Verhaftung bestehenden Vorschriften den füglichsten Platz.

Sobald bey einem Individuum vom Feldwebel oder Wachtmeister abwärts, oder bey solchen Personen, die der Mannschaft gleich gestellt sind, z. B. Fourieren, Schmieden u. s. w., verdächtige Sachen, über deren rechtmäßige Erwerbung sich das eine oder andere Individuum nicht ausweisen kann, bemerkt worden, oder wenn gegen ein derley Individuum solche Anzeigungen eines Verbrechens vorkommen, die nach dem Erachten des Compagnie- oder Escadronscommandanten einen gegründeten Verdacht für die Verübung eines Verbrechens an die Hand geben, so wird der Verdächtige mit einer gründlichen species facti in den Arrest der betreffenden Behörde — Stabs- oder Regimentsstockhaus u. s. w. — geschickt; es fängt sohin bey den obengedachten Individuen die Criminaluntersuchung mit der Verhaftung an. Anders verhält es sich bey Stabs- und Oberofficieren. Der Compagnie- oder Escadronscommandant ist nähmlich zwar befugt, die ihm unterstehenden Officiere, der Major den Hauptmann, und der Oberstlieutenant den Major wegen eines erwiesenen Vergehens sogleich in Arrest zu schicken; über diese Arretirung aber haben die Hauptleute sogleich ihrem vorgesetzten Stabsofficier, und dieser weiter dem Regimentscommandanten, der Major und Oberstlieutenant aber die Arretirung eines Hauptmanns respective Majors directe dem Regimentscommandanten die umständliche Anzeige zu erstatten, von welchem die Bestimmung der weiter zu treffenden Verfügungen abhängt. Wenn aber nur Verdacht gegen einen Stabs- und Oberofficier vorkömmt, so ist nicht mit der Arretirung vorzugehen, sondern es sind vorläufig dem Regimentscommandanten die vorhandenen Anzeigungen umständlich und gründlich vorzulegen, und dessen weitere Befehle abzuwarten.

Überhaupt wurde bey Officieren, Militärbeamten und bey allen der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Personen, die unter die Honoratioren gehören, oder angesehen und sonst eines unbescholtenen Rufes sind, hinsichtlich der Verhaftung wegen Verdachtes folgende Grundsätze beobachtet.

1) Die Frage: ob Jemand verhaftet werden soll, kann außer dem Fall, daß der Verdächtige auf der That betreten wird — in der Regel nur dann entstehen, wenn der Thatbestand bereits erhoben wurde und auch solche Anzeigungen vorhanden sind, welche die besondere Nachforschung (Specialinquisition) zulassen.

2) Jene Anzeigungen, die den Richter zur besonderen Nachforschung berechtigen, sind keineswegs auch immer zur Verhaftung hinreichend; zur ersteren genügen entferntere, zur letztern sind nahe Anzeigungen erforderlich. [1])

3) Der Zweck der Verhaftung ist sich der Person des Thäters zu versichern, und dadurch zu verhindern, daß er nicht durch Flucht der Strafe entgehe. Die Besorgniß der Flucht gründet sich aber entweder auf die Schwere der zu erwartenden Strafe oder auf die Eigenschaft des Thäters. Schwere Verbrechen, die eine körperliche Züchtigung, Schanzarbeit, Festungsarrest (worüber später das Wesentliche gesagt werden wird) oder gar die Todesstrafe nach sich ziehen, lassen ohne Unterschied der Person die Flucht besorgen; bey geringeren Vergehen ist aber die Entweichung solcher Individuen wahrscheinlich, die dadurch wenig oder nichts zu verlieren haben. Hieraus folgt:

4) Daß die Verhaftung gegen Officiere und angesehene Personen, auf deren Lebensverhältnisse die Anhaltung im Arrest auch weit nachtheiliger wirkt, nur bey vorhandenen nahen Anzeigungen eines schweren Verbrechens, gegen die Mannschaft hingegen, und noch mehr gegen herumstreifende unangesessene (was sich größtentheils auf die Militärgränze bezieht), unbekannte oder wohl gar übel berüchtigte Personen auch bey minder wahren Anzeigungen in schweren als geringeren Vergehungen verhängt werden kann.

5) Der Grund zur Verhaftung fällt ferner weg, wenn der eines Verbrechens verdächtige zwar unangesessen ist, aber durch Pfand oder Bürgschaft, deren Betrag vom Richter festzusetzen ist, Sicherheit leistet, daß er seinen Aufenthalt bis zum Ausgang des Processes nicht verändern und auf jedesmalige Aufforderung sich vor Gericht stellen wolle. Eine solche Cautionsleistung ist aber nur bey geringeren Verbrechen zulässig; bey größeren, die Todes- oder eine schwere Leibesstrafe nach sich ziehenden Übelthaten ist die Verhaftung des hinreichend Beanzeigten ohne Unterschied der Person jedesmahl vorzunehmen, und kann ohne ausdrückliche Bewilligung des Lan-

---

[1]) In Betreff der Abstufungen der Anzeigungen wird auf den 27. Artikel der Th. G. G. O. hingewiesen.

desfürsten die Untersuchung auf freyem Fuße, es möge was immer für eine Caution angebothen werden, nicht Statt finden.

6. Noch weniger darf ein schon verhafteter eines schweren Verbrechens beschuldigter Verbrecher gegen eine wie immer geartete Caution wieder frey gelassen werden.

Ja selbst bey geringeren Vergehungen soll der bereits verhaftete, der That überwiesene Beschuldigte, wenn es ohnehin schon bald auf die Fällung des Urtheils ankömmt, nicht mehr entlassen werden, wohl aber kann die Entlassung gegen genügende Caution dann geschehen, wenn sich die Untersuchung über ein geringeres Verbrechen in die Länge zu ziehen scheint.

1) Würde der gegen Pfand oder Bürgschaft auf freyen Fuß gestellte Inquisit in der ihm gerichtlich bestimmten Frist oder auf geschehene Vorforderung nicht erscheinen, sondern sich verbergen oder gar flüchten, so ist der Cautionsbetrag einzuziehen und zum Militär-Invaliden- oder Gränz-Proventenfond abzuführen, der schuldig befundene Verbrecher aber im Betretungsfalle doch mit der auf sein Verbrechen verhängten Strafe zu belegen.

Zu diesen Grundsätzen wurde nachträglich verordnet, daß gegen adelige oder sonst angesehene eines Verbrechens beschuldigte Personen, deren Entweichung aber dennoch nicht zu besorgen ist, die Specialinquisition auf freyem Fuß vorzunehmen, dann aber, wenn wegen der Verhaftung ein Zweifel obwalten sollte, sogleich und in Geheim die Entscheidung des Obergerichtes anzusuchen, und zwar die dießfällige Anfrage zur Vermeidung eines Zeitverlustes nicht im Dienstwege, sondern durch die Post unmittelbar an das Obergericht einzusenden ist.

In der Regel darf der Beschuldigte im Verhöre nur über dasjenige Verbrechen befragt werden, worüber Anzeigungen vorliegen. Nur wenn Räuber oder sonst berüchtigte Übelthäter eingebracht werden, ist es dem Richter gestattet, die Fragstücke nicht nur auf die That, auf der sie betreten wurden, sondern auch auf solche Handlungen zu richten, welche derley Verbrecher zu verüben pflegen. Gesteht übrigens der Inquisit aus freyem Antrieb noch ein anderes Verbrechen, so ist dieß Geständniß niederzuschreiben und auch hierüber die Nachforschung zu pflegen, den Thatbestand herbeyzuschaffen oder

nachträglich zu erheben, das ordentliche Verhör ist in Gegenwart der beym summarischen Verhöre eingetretenen Beysitzer aufzunehmen und nur aus erheblichen Ursachen können andere eintreten; jedoch muß, für den Fall, als das summarische Verhör — was aber nur über ein minder bedeutendes Verbrechen zulässig ist — etwa bloß von einer aus 3 oder 4 Personen (jedoch immer mit Intervenirung des Auditors) bestehenden Commission aufgenommen wurde, jedenfalls zum ordentlichen Verhör wenigstens ein halbes aus 8 Personen bestehendes Assessorium (der Präses, Auditor und von jeder der gedachten 6 Chargen eine Person) beygezogen werden.

Das Verhör darf nicht abgebrochen werden, wenn der Inquisit im Geständnisse oder in der Ausweisung seiner Unschuld begriffen ist, oder wenn wahrgenommen wird, daß er durch die ihm gestellten Fragen dahin gebracht wurde, der Wahrheit nicht mehr ausweichen zu können, oder daß sich nun Gelegenheit darbiethet, auf nähere Spuren zur Entdeckung der Wahrheit zu kommen. Ist der Inquisit stumm (was sich wohl bey einem oder dem andern der nicht zum Wehrstand, aber dennoch zur Militärgerichtsbarkeit gehörigen Individuen ereignen kann), kann aber derselbe schreiben, so sind ihm die Zeugen mündlich oder schriftlich zu stellen und ist sofort von ihm die schriftliche Beantwortung zu fordern. Einem Tauben, der aber lesen und reden kann, sind die Fragen schriftlich vorzulegen, und sofort die mündliche Beantwortung derselben zu verlangen. Sollte aber der Stumme nicht schreiben, der Taube nicht lesen können, oder der Inquisit taub und stumm seyn, so sind ihm die Fragen durch verläßliche Zeichen vorzustellen und die von ihm auf diese Art gegebenen Antworten mit der möglichsten Vorsicht aufzunehmen, wobey es sich von selbst versteht, daß in einem solchen Fall eine der Zeichensprache vollkommen kundige Person beyzuziehen wäre. Hinsichtlich der Instruirung des über das ordentliche Verhör zu führenden Protocolls ist zu bemerken, daß 1) die im Kopfe des Verhörs allegirten mit Buchstaben oder Ziffern bezeichneten Beylagen, wenn nach Anleitung derselben eine Frage zu stellen ist, unterhalb oder im Context dieser Frage mit Bezeichnung der betreffenden Nummer oder des Buchstabens angemerkt werden.

2) Wenn der Inquisit während des Verhöres oder auch nach

dem Schlusse desselben ein Zeugniß, eine Erklärung oder was immer für eine Urkunde überreicht, soll dieselbe mittelst einer Anmerkung dem Protocolle allegirt und mit der fortlaufenden Nummer bezeichnet werden.

3) Ebendasselbe muß auch mit jenen Actenstücken geschehen, die im Zuge der Untersuchung eingehohlt oder beygebracht werden; läuft aber ein Stück während des Verhöres ein, und es wollte gleich aus demselben Anlaß zu einer Frage genommen werden, so wird es vorher mittelst einer Anmerkung dem Verhörs-Protocoll gehörig angeschlossen.

Über das Benehmen bey dem Verhöre eines Beschuldigten, der die Untersuchung auf sträfliche Art zu vereiteln, zu verzögern oder den Richter irre zu führen sucht, ist im Einklang mit dem für das Civile bestehenden Strafgesetzbuch folgende ausführliche Vorschrift erlassen worden.

1) Zeigt sich bey einem Inquisiten in Beantwortung der Fragen eine auffallende Sinnenverwirrung, so hat das Gericht den Verhafteten durch zwey Ärzte oder Wundärzte untersuchen und sich von diesen das Gutachten schriftlich geben zu lassen, ob sie die Verwirrung für einen wahren Anfall oder für Verstellung halten. Fällt das Gutachten einhellig und bestimmt dahin aus, daß Verstellung obwalte, so ist der Verhaftete, nach vorausgegangener Warnung zuerst durch drey auf einander folgende Tage bey Wasser und Brot zu halten. Bleibt dieß und eine weitere nachdrückliche Warnung ohne Erfolg, so ist über vorläufiges rechtliches Erkenntniß, welches mit allen Motiven in das Verhörs-Protocoll aufzunehmen ist, gegen Leute, wider die nach den Militärgesetzen die Strafe der Stockstreiche Anwendung hat, und gegen solche, die denselben gleichgestellt werden, mit Stockstreichen von 3 zu 3 Tagen dergestalt vorzugehen, daß mit 10 Streichen der Anfang gemacht, die Zahl jedesmahl mit 5 vermehrt und bis auf 30 gestiegen wird. Läßt der Inquisit auch dann noch von der Verstellung nicht ab, so ist der Vorfall mit Beylegung sämmtlicher Acten dem Militärobergericht vorzulegen, und die Entscheidung darüber abzuwarten.

Ist nach Meinung der Ärzte die Sinnenverwirrung wahr, oder könnten sie nach Pflicht und Gewissen keinen bestimmten Schluß fassen, oder wären sie in ihrer Meinung getheilt, so ist

ebenfalls dem Militär-Obergerichte die umständliche Anzeige zu machen, und von demselben die Belehrung zu erwarten. In der Anzeige sind nebst der Beylegung der Acten auch die Bemerkungen beyzurücken, welche dem Gerichte selbst, dem Profosen und den sonstigen, bey Bewachung und Beobachtung des Verhafteten verwendeten Leuten aufgefallen sind.

2) Ist ein Verhafteter so hartnäckig, daß er auf die im Verhöre an ihn gestellten Fragen überhaupt, oder auch nur auf einzelne wichtige Fragen keine Antwort gibt, so muß er mit Ernst an die Pflicht, dem Gericht zu antworten, erinnert und ihm die Vorstellung, daß er durch seine Hartnäckigkeit sich Strafe zuziehe, gemacht werden. Wenn dieses nicht verfängt, ist er wegen seines fortdauernden hartnäckigen Schweigens auf die Art zu behandeln, wie es in dem vorhergehenden Absatze 1 beym verstellten Wahnsinn vorgeschrieben ist.

3) Treffen die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Fälle bey einem Unterofficier oder bey einem diesem gleichgestellten Individuum, bey einem Communitätsbürger oder Handelsmann, überhaupt bey einer solchen Person ein, die nach den bestehenden Vorschriften, ohne vorher gesetzmäßig ausgesprochener Degradirung oder Entsetzung vom Dienste, oder Abnahme des Bürgerrechtes, mit Stockstreichen nicht belegt werden darf, so hat entweder die zeitliche Degradirung einzutreten oder, wo dieses nach den Gesetzen nicht Statt finden kann, das Gericht, wenn verschärfter Arrest in Eisen und die Anhaltung bey Wasser und Brot durch 3 auf einander folgende Tage nicht verfangen, die Degradirung oder Entsetzung eines solchen Untersuchten vom Dienste oder die Abnahme des Bürgerrechtes durch ein (vorläufiges) kriegsrechtliches Urtheil zu erkennen, und dann auch gegen einen solchen die im Absatz 1 angeordnete Züchtigung mit Stockstreichen vornehmen zu lassen.

4) Ist aber der Untersuchte ein Officier oder ein Militärbeamter, und sind bey diesen eingreifende wiederhohlte Ermahnungen, mit Eisen verschärfter Arrest, auch die obbezeichnete Anhaltung bey Wasser und Brot ohne Erfolg geblieben, so ist gegen den Beschuldigten nach den vorliegenden Erhebungen das, was Rechtens ist, zu erkennen, dabey auf die erwiesene Verstellung oder hartnäckige Verweigerung der Antwort Bedacht zu nehmen, die Acten aber

sind vor Kundmachung des Urtheiles an das Militär-Obergericht einzusenden, welches dieselben mit seiner Wohlmeinung dem Hofkriegsrath vorzulegen hat.

5) Eine angemessene Strafe mit Fasten und nach Umständen mit Stockstreichen hat auch dann Statt, wenn der Verhaftete während des Verhöres sich boshaft, auf eine ungestüme und beleidigende Art beträgt, oder wenn er durch die Angabe eines offenbar als falsch bewiesenen Umstandes die Untersuchung zu verzögern oder das Gericht irre zu führen, gesucht hat und ungeachtet des ihm vorgehaltenen klaren Beweises (der Unrichtigkeit seiner Angabe) bey dem Lügen verharret. In einem solchen Falle kann sich aber eine solche Strafe gegen gemeine Soldaten und jene, die diesen gleichgestellt sind, so wie gegen die in Absatz 3 bemerkten Personen nur auf verschärften Arrest mit höchstens eintägigem Krummschließen oder mit dreymahligem Fasten bey Wasser und Brot in einer Woche und nicht über zwanzig Stockstreiche erstrecken. Auch ein solches Straferkenntniß ist in dem Verhörs-Protocoll mit den Motiven anzuerkennen. Bey Officieren und Beamten aber ist in einem solchen Falle bloß mit Eisen verschärfter Arrest oder dreymahliges Fasten bey Wasser und Brod in einer Woche als Strafe anzuwenden. Was nun die Verhöre weiter betrifft, so dürfen während derselben weder Vorspieglungen falscher Anzeigungen oder erdichteter Beweismittel, noch Verheißung gelinderer Strafe oder gar der Begnadigung und ebenso wenig Bedrohungen u. dgl. zur Erzielung des Geständnisses angewendet werden. Wenn aber durch vorläufige Zusicherung der Straflosigkeit ein gemeinschaftliches Verbrechen entdeckt und fernerem Übel gesteuert werden könnte; so ist ein solcher Vorfall schleunig dem Obergericht anzuzeigen und von diesem durch den Hofkriegsrath die Entschließung Sr. Majestät einzuhohlen.

(Die Fortsetzung folgt.)

Der Diebstahl verübt am Wasser.

Ein Criminalrechtsfall mitgetheilt

von

Herrn V. E. G.....i.

Bürgermeister und Criminalgerichtsvorstand zu J.....

Wie allgemein bekannt war der Sommer 1842 äußerst heiß, dabey in manchen Gegenden durch längere Zeit gänzlicher Mangel an Regen, was zur Folge hatte, daß selbst nicht unbedeutende Flüsse gänzlich austrockneten, wodurch die an diesen Gewässern bestehenden Mahlmühlen sowohl, als sonstigen Werke, wie Walken, Spinnmaschinen, Färbereyen und dergleichen ganz außer Betrieb gesetzt wurden, was daher nicht nur eine Wassernoth, sondern auch Stockung der Gewerbe verursachte. — Diese Wassernoth fühlte sehr empfindlich die stark bevölkerte Stadt J., die großentheils, ja fast einzig und allein von der Commerzialindustrie lebt. — Denn es drohte ihr bey dem drückenden Wassermangel nicht nur Mangel des ersten Lebensbedürfnisses Brot, sondern wenn die unentbehrlichen Hülfsgewerbe, als: Spinnen, Walken, Färbereyen und dergleichen nicht betrieben werden können, gänzlicher Mangel an Erwerb, wodurch Tausende außer Verdienst gesetzt und ihres Erwerbes beraubt, dem Erhungern Preis gegeben worden wären.

Um diesem Übelstande zu begegnen, wurden nicht nur alle Quellen, die theils in den Fluß theils in Teichen ihren Ausfluß hatten, und durch die Zeit verwahrloset, versumpft und verödet waren, ausgeputzt, sondern da auch die meisten der Quellen bey der drückenden Hitze versiegten, das Wasser jener Teiche, die in den Fluß J. bey Abfischung ihren Abfluß hatten, unter Intervenirung der politischen Behörden angekauft, und in den Fluß verhältnißmäßig gegen billigen Entgeld abgelassen, hiedurch erlitten die Besitzer der Teiche keinen Nachtheil (sehr erwünscht wäre es, wenn dergleichen Teiche des allgemeinen Wohles wegen nicht ausgetrocknet werden dürften) und der Zweck wurde vollkommen erreicht.

Dieses schienen die Müller 5 Stunden von J.... an dem Bache R. erfahren zu haben, jedoch ohne die Obrigkeit zu begrüßen, oder die Mithülfe der politischen Behörden anzusuchen, haben sie bey einer zufälligen Zusammenkunft beschlossen, den der Herrschaft Cz. gehörigen Teich W. abzulassen.

Dieses Vorhaben auszuführen, schickte in der Nacht einer der nächst an dem Teiche angesessenen Müller zwey rüstige Müllerburschen,

die den Zapfen an der Ablaßröhre herausrissen, solchen sogleich zerhackten, und so dem Wasser den Ablauf in den Bach R. verschafften, wodurch die an dem Bache gelegenen Mühlen in Betrieb gesetzt wurden. Das Wasser des Teiches wae schon zum Drittentheil abgelaufen, als dieses der obrigkeitliche Fischmeister, der von Zeit zu Zeit den Teichen nachsieht, bemerkte, der sogleich die Ablaufröhre, so gut als er es in der Eile vermochte, da der Zapfen abhanden kam, mit Steinen und Wasen vermachte und der Obrigkeit die Anzeige erstattete. — Das Wirthschaftsamt in Cz. hat sogleich die Nachforschung gepflogen und erfahren, daß zwey Müllerbursche in der Nacht sich zu der fraglichen Wasserröhre verfügten, den Zapfen herausrissen, und so den Ablauf bewirkten. — Hierüber zur Rede gestellt gestanden dieselben ein, auf Geheiß ihres Dienstherrn diesen Zapfen herausgerissen und dann mit der Hacke auf sehr kleine Stücke zerhackt zu haben. Die Obrigkeit machte hierüber die Anzeige bey dem betreffenden Criminalgerichte und zwar als Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit, wobey dieselbe den Schaden, welcher der Obrigkeit durch den Entgang des Wassers, abgesehen der darin befindlichen Fische zugefügt wurde, auf 48 fl. C. M., ohne dem Zapfen, der auf 4 fl. 48 kr. C. M. geschätzt, das ganze Wasser im Teiche auf 192 fl. C. M. und die darin befindlichen Fische auf 342 fl. 52 ¹/₂ kr. C. M. angab.

Es ergaben sich nun zweyerley Meinungen, die überwiegende ging dahin:

Da in diesem Falle weder das Verbrechen der Gewaltthätigkeit noch des Diebstahls vorhanden ist, weil der Teich nicht aus der Ursache abgelassen wurde, um die Obrigkeit boshaft zu beschädigen, auch das Object des Diebstahls eine Besitzergreifung zulassen muß, so wäre von der weitern Untersuchung abzulassen, und die Acten zur politischen Amtshandlung einzusenden, zumahl es der Billigkeit entspricht, daß wegen Wassernoth die in Nothstand Versetzten nicht ohne Mehl bleiben.

Die Minorität der Stimmen gab ihre Meinung dahin:

In dem vorliegenden Falle sey das Verbrechen des Diebstahls offenbar vorhanden, denn die beyden Müllerburschen haben aus dem obrigkeitlichen Teiche W. Wasser, mithin bewegliches Gut, dessen Werth des entgangenen Wassers die beschädigte Obrigkeit auf 48 fl. C. M. sonst auf 192 fl. C. M. und die darin befindlichen Fische auf 352 fl. 52 ¹/₂ kr. C. M. angab, ohne Bewilligung der Cz. Obrigkeit als Eigenthümer, die das Wasser (da es in ihrem Teiche sich befand) besaß, zu dem Vortheile, daß die unter dem Teiche befindlichen Mühlen mahlen können, mithin zu ihrem Vortheile der Cz. Obrigkeit entzogen, daher alle Merkmahle des im §. 151 des St. G. B. I. Theils definirten Verbrechens des Diebstahls vorhanden sind, zumahl der Schaden in Folge §. 153 St. G. B. I. Th. 25 fl. C. M. übersteigt, und nicht nach dem Vortheile des Diebes, sondern nach dem Schaden des Bestohlnen zu berechnen ist, zu dem in

Gesellschaft verübt §. 154 II. a. sich noch mehr zum Verbrechen eignet, es sey daher das Verbrechen des Diebstahls vorhanden und sohin die Delegation eines unpartheyischen Gerichts zur Erhebung des Thatbestandes gerichtlich einzuschreiten.

Der Berichterstatter dieses glaubt der Meinung beytreten zu sollen, denn die Majorität glaubt, das Wasser sey eine Sache, die a. nach Wortlaut des §. 287 b. G. B. allen Mitgliedern zur Zueignung überlassen ist und b. sey das Wasser eine Sache, welche keinen Besitz zuläßt, daher dem Besitzer nicht entgehen, kein Diebstahl verübt werden könne; allein diese Gründe scheinen in vorliegendem Falle, wo das Wasser sich in einem Teiche befand, keine Anwendung zu finden, denn wenn gleich das fließende Wasser in Bächen und Flüssen als ein Staatsgut betrachtet werden will, welches von jedem Staatsbürger benützt werden kann (eine Frage, die, wie es die dermahligen Verhandlungen über Wasserrechte im Königreiche Preußen bewähren, problematisch ist), so ist das Wasser in einem Teiche befindlich wesentlich verschieden, denn der Teich ist ein natürlicher oder kunstbarer Bassin, in dem der Eigenthümer des Teiches sich das Wasser entweder zur Fischzucht oder andern Zwecken sammelt, er ist daher Eigenthümer und Besitzer des gesammelten Wassers eben so gut, als jener, der sich aus einem offenen Bassin das Wasser schöpfte, und in einem Kruge nach Hause bringt oder da in einem Gefäße aufbewahrt. Wird dieses Wasser, sein Eigenthum, ihm entfremdet, so wird es seinem Besitzer entzogen, und es wird ein Diebstahl verübt, der hinsichtlich des Betrages und der Beschaffenheit der That §. 153 und 154 II. a. St. G. B. I. Theils, wie in dem vorliegenden Falle, ein Verbrechen bildet.

Die weiter angegebene Billigkeit der Majorität, daß die wegen Wassernoth in Nothstand Versetzten nicht ohne Mehl bleiben konnten, verdient keine Rücksicht, denn sie konnten die Obrigkeit als Besitzerin des Wassers um käufliche Überlassung des Wassers, wie es die Bäcker und Müller in J. thaten, angehen, welche im Weigerungsfalle durch die politischen Behörden hiezu verhalten werden konnte.

Würde aber dieser Grundsatz der Billigkeit als rechtlicher Grundsatz angenommen, und diese That unbestraft bleiben, so würden bey einer Wasser- oder Mahlnoth Individuen, die das Wasser brauchen, die rechtliche Erwerbung bey Seite setzen, und das Wasser mit Gewalt entfremden, die Obrigkeiten nicht nur Beschädigungen ihres Eigenthums offenbar ausgesetzt, sondern auch, wenn sie dieses abwehren wollten, leicht zu Gewaltthätigkeiten, Tumult und Aufruhr Anlaß geben könnten.

Da dieser Fall sich oft bey einer dürren Jahrszeit an andern Orten ereignen könnte, und an sich nicht unerheblich seyn dürfte, so glaube ich, solchen der Beurtheilung anderer Rechtskundigen durch diese Zeitschrift vorlegen zu können.

Particular-Entscheidungen.

Die aus dem Civilstande zur Besorgung verschiedener Arbeiten contractmäßig vom Militär aufgenommenen Individuen bleiben unter der Civil-Gerichtsbarkeit.

Der k. k. Hofkriegsrath hat mit Rescript vom 28. October 1840 H. 1294 verordnet, daß die von den Regimentern oder Corps wegen Besorgung verschiedener Gewerbsarbeiten oder sonstigen Leistungen aus dem Civilstande contractmäßig aufgenommenen Handwerker und anderweitigen Individuen, mihin auch Capellmeister, da sie zum Stande der Regimenter nicht gehören, durch derley Privatverträge allein ein Jurisdictions-Recht nicht begründet wird, in Friedenszeiten bloß in Disciplinarfällen, sonst aber, jedoch für ihre Person, dann der Militär-Jurisdiction unterstehen, wenn sie dem Regimente oder Corps beym Ausmarsche ins Feld wirklich gefolgt sind, und daß selbst in diesem Falle hinsichtlich ihrer Verlassenschaft sich genau nach dem Inhalte der unterm 14. August 1789 erflossenen Normal-Verordnung zu benehmen sey.

Stämpel der Widmungsurkunden über Heirathscautionen der Militärofficiere und der legalisirten Empfangsscheine.

Die k. k. allgemeine Hofkammer hat mittelst Note vom 16. May 1841 Z. $\frac{11239}{1288}$ dem k. k. Hofkriegsrathe eröffnet, daß die Widmungsurkunden über Heirathscautionen der Militärofficiere jedesmahl, also auch dann, wenn sie nebst den als Heirathscaution vincu-

lirten öffentlichen Obligationen ausgestellt werden, als stämpelpflichtige Urkunden anzusehen, und nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Urkundenstämpel zu behandeln seyen, und daß der Stämpel sich nicht nach den jährlichen Interessen, sondern nach dem Capitale zu richten hat, welches in der Urkunde ausdrücklich oder beziehungsweise angegeben ist. Rücksichtlich der Bewilligung zur Einverleibung einer Widmungsurkunde in die öffentlichen Bücher ist sich, in so fern sie in einer besonderen Urkunde ertheilt wird, nach §. 22 des Stämpel- und Taxgesetzes zu benehmen, insofern sie aber in der Widmungsurkunde selbst ertheilt wird, treten die Bestimmungen des §. 96 des Tax- und Stämpelgesetzes ein; — die Empfangsbestätigungen über zurückgestellte Heirathscautionsurkunden sind nach §. 81 keineswegs als ein Object der Stämpelpflicht zu betrachten, so wie auch die Empfangsbestätigungen über zugestellte Verordnungen dem Stämpel nicht unterliegen, dagegen ist bey Legalisirung eines derley Empfangscheines der gesetzliche Legalisirungsstämpel anzuwenden.

Was durch das hohe hofkriegsräthliche Rescript vom 2. Juny 1841 H. 632 zur allgemeinen Kenntniß gebracht wurde.

Damianitsch,
k. k. Hauptmann und Auditor.

Auszeichnung.

Die k. k. oberste Justizstelle hat mit höchstem Hofdecrete vom 9. d. M. Hofzahl 6605 die Dienstesresignation des hiesigen Hof- und Gerichtsadvocaten Dr. Andreas Gostischa anzunehmen und ihm für das während seiner Advocatursausübung bewährte und von der Achtung der Gerichte und des Publicums begleitet gewesene Betragen die Zufriedenheit zu erkennen zu geben befunden.

Freyherr v. Heß mp.
Präsident.

Vom k. k. Appellationsgerichte.
Wien am 23. October 1843.

Müllner mp.

Verschiedene Rechtsansichten

über die Frage: ob durch eine vom Landtafelamte ohne ausdrückliche Bitte der Parthey manipulationswidrig vorgekehrte Intabulation ein dingliches Recht erworben werde.

Vom

Herrn Jacob Turnes,

Syndicus und Bezirks-Commissär des l. f. Marktes Weißkirchen in der Steyermark.

Wir wollen zur Erörterung dieser Rechtsfrage nachstehenden Sachverhalt mit einer idealisirten Streitverhandlung annehmen, wobey es für die schätzbaren Leser dieser Zeitschrift gleichgültig seyn mag, ob sich dieselbe wirklich ereignet, oder nur in dem müßigen Kopfe eines juristischen Grillenfängers entsponnen habe. —

Der Herrschaftsinhaber **A** schloß mit dem Sensenfabrikanten **B** unterm 15. Jänner 1810 einen Waldabstockungsvertrag, worin dem Letzteren die einmahlige Abstockung des herrschaftlichen Dominical-Planwaldes um 130 fl., und des herrschaftlichen Dominical-Goppitzwaldes um 480 fl. überlassen, zugleich aber bedungen worden war, daß der Planwald so wie der Goppitzwald bis Ende des Solarjahres 1832, bey sonstigem Heimfalle des noch vorhandenen Holzes, abgeschlägert, aufgekohlt und ausgeräumt seyn müsse. Der **B** erwirkte hernach unterm 19. May 1814 die kreisämtliche Bestätigung des Waldabstockungsvertrages dahin, daß der Planwald in forstmäßige Schläge angelegt, und bey der Abstockung nach den Waldgesetzen verfahren, der noch nicht schlagbare Goppitzwald aber vor 30 Jahren (also vor dem 19. May 1844) nicht angegriffen werden soll.

Nach diesem Vorgange suchte der **B** die landtäfliche Einverleibung des Waldabstockungsvertrages vom 15. Jänner 1810 mit der Bitte an, daß die Einverleibung rücksichtlich des ihm hieraus zukommenden Rechtes, den Planwald längstens bis Ende des Solarjahres 1832 ordnungsmäßig abzuschlägern, bewilliget, und das Erforderliche an das Landtafelamt erlassen werden wolle. (Vom Goppitzwalde war in der Schlußbitte keine Rede.) Der landrechtliche Bescheid vom 29. August 1814 erfloß dahin: Die Intabulation des Waldabstockungsvertrages vom 15. Jänner 1810 auf die Herrschaft des **A** sammt Zugehör wird bewilliget, und dem Landtafelamte durch Original aufgetragen. In Folge dieser Bewilligung hat dann das Landtafelamt in der Landtafel bey der Herrschaft des **A** in der Belastungsrubrik Folgendes wörtlich eingetragen:

»Den 22. August 1814 der kreisämtlich bestätigte Holzabsto»ckungsvertrag vom 15. Jänner 1810 zwischen dem **A** Überlasser, »und dem **B** Übernehmer der gleich schlagbaren Plan=, und noch »unschlagbaren Goppitzwaldung. Unter Hypothek der Herr»schaft des **A.**«

Nachdem der vierte Besitznachfolger an der Herrschaft des **A** den Manipulationsfehler des Landtafelamtes, und die Intabulation in Bezug auf den Goppitzwald als irrthümlich entdeckte, trat er gegen den Besitznachfolger des Sensenfabrikanten **B** mit der Realklage auf, allegirte in derselben das aus dem Landtafel=Urkundenbuch in vidimirter Abschrift erhobene Intabulationsgesuch des **B** sammt dem abschriftlich darauf ersichtlichen Bewilligungsbescheide, und lieferte hierdurch den Beweis, daß die Intabulation des Waldabstockungsvertrages bezüglich des Goppitzwaldes ohne Ansuchen des **B**, und ohne landrechtliche Bewilligung erfolgt, folglich vom Landtafelamte unrichtig vorgekehrt sey, indem der **B** die landtäfliche Einverleibung des Abstockungsvertrages ausdrücklich nur in Bezug auf den Planwald angesucht, und sich der hierauf ertheilte landrechtliche Bescheid nach der Natur der Sache auch nur auf den Planwald bezogen habe. Da zu einer gültigen Einverleibung und Erwerbung eines Pfandrechtes gesetzlich drey Bedingungen erforderlich seyen, nämlich erstens eine gültige Urkunde (§§. 438, 439 und 453 des b. G. B.), dann zweytens ein ausdrückliches Ansuchen vom Hypothe-

karrechtswerber (§. 451), und drittens die Bewilligung von der competenten Landtafel- oder Grundbuchsbehörde (§§. 438 und 439 des b. G. B., Landtafelpatent für Steyermark v. 15. März 1730, §§. 6 und 7, und Patent vom 14. Februar 1803), so sey jede Einverleibung wirkungslos, bey welcher die eben erwähnten drey gesetzlichen Erfordernisse nicht vorhanden wären. Der Einverleibung des Waldabstockungsvertrages in Bezug auf den Goppitzwald mangelten das zweyte und dritte Erforderniß, daher sey selbe wirkungslos, und durch diese kein Pfandrecht erworben worden. Aus diesen Gründen bath Kläger um das Erkenntniß: Geklagter sey anzuerkennen schuldig, der B habe mit der, ohne sein Ansuchen und ohne Bewilligung, vorgenommenen Intabulation des Waldabstockungsvertrages vom 15. Jänner 1810 über die herrschaftliche Goppitzwaldung kein Recht, und insbesondere kein Pfandrecht erworben, die Landtafelpost hafte daher auf der Herrschaft des A indebite, und Kläger sey hinsichtlich des Goppitzwaldes ein intabulirtes Abstockungsrecht als gültig und verpflichtend anzuerkennen nicht verbunden, wohl aber Geklagter in Folge der über diese Klage erfließenden Entscheidung die Löschung der Landtafelpost zu gestatten schuldig.

Der Geklagte erklärte bey der Recognoscirung der Klageallegate die Abschrift aus dem Landtafel-Urkundenbuche, wovon Kläger das Original nicht vorweisen konnte, für bedenklich, widersprach in der Einrede das Factum, daß die Intabulation ohne Ansuchen des B und ohne landrechtliche Bewilligung vorgenommen worden sey, was Kläger durch die beweislose Abschrift nicht erwiesen habe, und berief sich auf die Verjährung des Klagerechtes zur Bestreitung der Intabulation, die wegen nicht ergriffenem Recurse schon längst zur Rechtskraft erwachsen, und deren Bestreitung im Klagewege nach dem Hofdecrete vom 29. August 1818, Nr. 1488, und den §§. 1467 und 1469 des b. G. B. nicht mehr zulässig sey.

Erste Meinung.

Dem Begehren des Klägers ist Statt zu geben.

Begründung.

Bey Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites handelt es sich um die Frage, ob die Intabulation des Vertrages bezüglich der

Abstockung des Goppitzwaldes zur Begründung eines Pfand- oder Hypothekarrechtes gültig und wirksam sey, indem Kläger behauptet, daß diese Intabulation ungültig und unwirksam sey, weil dieselbe von dem Pfandrechtswerber nicht ausdrücklich angesucht, und auch von dem Landrechte nicht bewilliget worden ist, somit die factisch geschehene Intabulation nur durch einen Manipulationsfehler des Landtafelamtes geschehen sey. Dieser Grund ist ganz geeignet, das Klagebegehren zu rechtfertigen, denn in der Urkunde C, welche als eine aus dem Urkundenbuche der Landtafel herausgezogene, und vom Landtafelamte vidimirte Urkunde, ungeachtet der eingewendeten Bedenklichkeitserklärung von Seite des Geklagten, wegen nicht vorgewiesenem Original, vollen Glauben verdient, hat der B die Intabulation des Abstockungsvertrages ausdrücklich nur hinsichtlich des von der politischen Behörde bestätigten Waldabstockungsvertrages, rücksichtlich des ihm hieraus zukommenden Rechtes auf Abstockung des Planwaldes angesucht, und laut Bescheides vom 29. Aug. 1814 bewilligt erhalten. Da nun von der Goppitzwaldung im Schlußbegehren keine Rede war, so konnte sich die Bewilligung des Landrechtes auf diese Waldung nicht erstrecken. Die Eintragung des Abstockungsvertrages auch hinsichtlich der Goppitzwaldung auf die Herrschaft des A, welche laut Landtafel-Extractes vorgenommen erscheint, ist daher ein offenbarer Manipulationsfehler des Landtafelamtes, welcher den Partheyen weder Rechte geben, noch nehmen kann. Weder der §. 1469 des b. G. B., noch das Hofd. v. 29. Aug. 1818, Z. 1488, können im gegenwärtigen Falle dem Geklagten zu Statten kommen, denn da der A, wie aus dem Bescheide vom 29. August 1814 erhellet, auf das Duplicat des Gesuches von der bewilligten Intabulation nach dem Begehren verständiget wurde, in dem Gesuche aber von der Goppitzwaldung keine Erwähnung geschah, so hatte er keinen Grund gegen die bewilligte Intabulation zu recurriren, oder dießfalls die Landtafel einzusehen, da er nicht vermuthen konnte, daß das Landtafelamt die Intabulation des Vertrages eigenmächtig und manipulationswidrig auf den Goppitzwald ausdehnen werde, und das Certificat der Landtafel bey einer bewilligten Intabulation nur dem Originale des Gesuches, welches der B erhielt, eingeschaltet wird.

Zweyte Meinung.

Das Klagebegehren findet nicht Statt

Begründung.

Da es sich hier nicht um die Gültigkeit der intabulirten Urkunde handelt, welche nach dem Hofdecrete vom 10. April 1813, Nr. 1037, und 29. August 1818, Nr. 1488 im Klagewege zu bestreiten kömmt, sondern die Förmlichkeit und Gesetzmäßigkeit einer Tabular-Amtshandlung in Anspruch genommen wird, so hätte diese Frage im Recurswege besprochen werden sollen; allein der Contrahent **A** hat die Beschwerde dagegen unterlassen. Das persönliche Recht der Beschwerdeführung gegen die fragliche landrechtliche Amtshandlung ist sohin an die nachfolgenden Gutsbesitzer nicht übergangen. Die Belastungspost ist sohin in Folge §. 443 des b. G. B. vom heutigen Kläger ohne Bestreitungsbefugniß als übernommen anzusehen. Wenn aber auch angenommen werden könnte, daß das persönliche Bestreitungsrecht des Pfandrechtes vom **A** an die Käufer seiner Herrschaft, und sohin auch an den heutigen Kläger übergangen sey, und daß dieses Bestreitungsrecht nicht bloß im Recurs-, sondern auch im ordentlichen Rechtswege behandelt werden könne, so erscheint solches nach den hohen Hofdecreten vom 29. August 1818, Nr. 1488, und 4. Juny 1819, Nr. 1567 verspätet, weil die fragliche Intabulation am 22. August 1814 im Hauptbuche vollzogen, die heutige Klage aber erst jetzt eingebracht werden kann. Dieß ist alles in der Voraussetzung gesagt, daß es erwiesen sey, die fragliche Intabulation sey ohne Ansuchen der Parthey, und ohne landrechtliche Bewilligung vorgenommen worden. Allein dieser Beweis ist im vorliegenden Falle nicht einmahl hergestellt, denn Geklagter hat die Klageasserte, welche das Klagefundament sind, und wofür keine gesetzliche Vermuthung besteht, widersprochen, Kläger aber die Urkunden, wodurch er seine Asserte erproben will, dem Geklagten nach Vorschrift des §. 126 der allg. G. O. nicht vorgewiesen, es trifft ihn daher die in diesem §. angedrohte Rechtsfolge, denn die aus dem landrechtlichen Urkundenbuche entnommene Abschrift, Copia Copiae, ist durch die ihr beygefügte Vidimirung zu keinem Original erwachsen.

Schlußbemerkung.

Ich schließe mich der zweyten Meinung an, zu deren weiteren Begründung noch Folgendes angeführt werden könnte:

Der Geklagte hat das Tabularrecht redlicherweise übernommen, und ist über 3 Jahre im Besitze desselben geblieben, er hat daher dasselbe nach dem §. 1469 des b. G. B. ersessen, und er muß nunmehr in seinem Besitze geschützt werden, wenngleich sein Besitzesvormann kein Recht hierauf gehabt hätte; denn die Übernahme des Geklagten ist nach §. 1461 des b. G. B. ein rechtmäßiger Titel, und dieser wäre hinlänglich gewesen, wenn dem Besitzesvormanne als Übergeber das Tabularrecht wirklich gebührt hätte, daher ist dieser Rechtstitel zur Ersitzung hinreichend, welche Geklagter vollführt hat. Das Bestreitungsrecht überhaupt ist nach dem Hofdecrete vom 29. August 1818, Nr. 1488, §. 4 verjährt, und der Kläger als mittelbarer Besitzesnachfolger des A kann zu demselben um so weniger mehr berechtigt seyn, als dasselbe nur als ein persönliches, einer bestimmten Person, nämlich dem Contrahenten A ausschließend zukommendes Recht erscheint, welches daher nach §. 442 des b. G. B. mit der Erwerbung des Eigenthumes der Herrschaft des A nicht als mitübergeben betrachtet werden kann. Vielmehr muß Kläger nach §. 443 des b. G. B. die in der Landtafel angemerkte Tabularlast ohne Rücksicht übernehmen, ob selbe ursprünglich rechtsgültig entstanden sey oder nicht, weil das Gesetz die Übernahme der angemerkten Lasten nicht auf deren Rechtsgültigkeit beschränkt. Das einmahl schon existirende Hypothekarrecht kann in der Folge für sich allein auch ohne Hauptrecht fortbestehen und übertragen werden, was aus der Combinirung der §§. 466, 469 und 1483 des b. G. B. klar erhellt, indem nach diesen Rechtsnormen das Hauptrecht unabhängig von dem accessorischen Hypothekarrechte, und umgekehrt auch dieses unabhängig von jenem gegen verschiedene Personen ausgeübt werden kann, und das Pfandrecht noch fortdauert, wenn auch das Hauptrecht schon erloschen ist [1].

---

[1]) S. das österr. bürgerl. Recht vom Hrn. Regierungsrathe und Professor Dr. Joseph Winiwarter. 2. Bd., §. 137.

Der in der Begründung der ersten Meinung hervorgehobene Umstand, daß der ursprüngliche Contrahent A von der Intabulation in Bezug auf den Goppitzwald nicht verständiget worden sey, und er die manipulationswidrige Ausdehnung derselben auf den Goppitzwald nicht vermuthen, daher keinen Grund haben konnte, dagegen zu recurriren, hindert die Ersitzung nicht, weil nach dem Hofdecrete vom 29. August 1818 §. 5, wegen nicht geschehener Verständigung noch kein Anlaß genommen werden darf, die durch öffentliche Bücher erworbenen Rechte zu bestreiten. Die unterbliebene Verständigung, oder vielmehr die manipulationswidrige Ausdehnung der Intabulation auf den Goppitzwald könnte dem Contrahenten A höchstens nur ein Recht zur Syndicatsbeschwerde gegen das Landrecht wegen übel verwalteter Justiz, aber keineswegs ein Bestreitungsrecht wider den redlichen Besitzer des manipulationswidrigen Tabularrechtes begründen (b. G. B. §§. 1299 und 1341, und Resolution vom 11. September 1784, Nro. 335).

Rechtsfall,

als Beytrag zur Beantwortung der Frage: Ob es nach dem österreichischen Strafgesetze einen Versuch des Todtschlages gebe?

Vom

Herrn Wilhelm Theodor Frühwald,
Beamten des Wiener Criminalgerichtes.

Oft und in verschiedener Beziehung ist sowohl in der Theorie als Praxis die Frage in Anregung gekommen, ob es nach dem österreichischen Strafgesetze einen Versuch des Verbrechens des Todtschlages gebe? Diese Frage ist auch mehrfach, und besonders von Seite der Theorie bejaht, oft aber auch und insbesondere von Seite der Praxis verneint worden. Der Hauptgrund, welchen Practiker für ihre Verneinung geltend machen, ist die Behauptung, daß jene besonderen Umstände, welche nach Ansicht der Theorie zur Herstellung des Thatbestandes eines versuchten Todtschlages erforderlich sind, in der Wirklichkeit schwerlich in einem solchen Zusammenhange eintreten würden, oder wenigstens höchst selten oder nie ihre gesetzliche Erhebung und der Beweis ihrer Existenz möglich seyn werde.

Dieselben Zweifel, welche rücksichtlich des Versuches des Todtschlages obwalten, werden in der Praxis, und zwar aus demselben Grunde, auch rücksichtlich des Versuches des Verbrechens der Verwundung oder körperlichen Verletzung erhoben, obwohl meines Wissens dieser Punct von Seite der Theorie weniger behandelt worden ist, weßhalb ich, bey dem inneren Zusammenhange zwischen den Verbrechen des Todtschlages und der Verwundung, und den gleichen Gründen, welche für und gegen die Bejahung der Ein-

gangs erwähnten Frage streiten, beyde gleichmäßig in Betrachtung ziehen will.

Zur Grundlage dieser Entwicklung meiner Ansicht mag der nachstehende Rechtsfall dienen, welcher, bey der interessanten Eigenthümlichkeit seiner Verhältnisse, zeigt, daß auch in der Wirklichkeit eine solche Verkettung von Umständen eintreten, und rechtlich erhebbar seyn kann, daß auch der abgesagte Feind von sogenannten theoretischen Spitzfindigkeiten, nicht leicht umhin könnte, darin etwas anderes als einen Versuch des Verbrechens des Todtschlages oder der körperlichen Verletzung zu erkennen.

Der schon mehr als 70jährige Grünwaarenhändler J. W. erschien eines Morgens bey der Polizeybehörde mit der Meldung, daß ihm in seinen Frühstück-Kaffee, welchen er auch mitbrachte, Jemand etwas Schädliches gethan haben müsse, da derselbe so übel schmecke, und er äußerte dießfalls seinen Verdacht gegen seine, mit ihm in gemeinschaftlicher Haushaltung lebende, Schwiegertochter, weil diese seit längerer Zeit immer Zank und Streit mit ihm habe, und vielleicht wünsche, daß er aus der Welt komme.

Da sich bey der, sogleich von der Polizeybehörde veranlaßten chemischen Untersuchung einer kleinen Quantität des fraglichen Kaffees zeigte, daß in denselben Schwefelsäure gegossen worden war, so wurde auch alsogleich die Verhaftnahme der Schwiegertochter des J. W. veranlaßt, worauf diese sowohl bey der Polizeybehörde, als auch nach ihrer alsbald erfolgten Einlieferung zu dem Criminalgerichte, bey demselben, unter vielen Thränen und Zeichen der Reue folgendes Geständniß ablegte [1]).

Die Mutter ihres Mannes, welche den Grünwaarenhandel betrieben habe, sey im Winter des vorhergegangenen Jahres gestorben, zu welcher Zeit ihr Schwiegervater auch schwer krank darnieder gelegen sey. Sie und ihr Mann hätten sich nun, über dessen Bitten, nach Aufgebung einer gehabten vortheilhaften Hausmeisterstelle in

---

[1]) Sowohl bey Aufführung dieses Geständnisses als der übrigen Erhebungen habe ich eine ausführlichere Darstellungsweise gewählt, theils um die Einzelnheiten des Falles leichter herauszuheben, theils um dem angehenden Criminalisten ein getreues Bild einer criminellen Untersuchung zu liefern.

die Wohnung des Schwiegervaters gezogen; ihr Mann habe den Grünwaarenhandel, und sie die häuslichen Geschäfte und die Pflege des Kranken, der noch vier Monate bettliegerig war, besorgt. Der alte Mann habe sie deßwegen auch sehr lieb gewonnen, sie gebethen, ja nicht mehr wegzuziehen, und ihr und ihrem Manne seinen Waarenvorrath sammt den Geräthschaften zum Betriebe des Grünwaarenhandels geschenkt. Als er aber gegen den Sommer zu wieder genesen sey, sey der Schwiegervater mürrisch und zänkisch geworden, habe die verschenkten Sachen wieder zurück haben, und den Handel selbst betreiben wollen, und da er sogar den Gedanken einer Wiederverehelichung gefaßt habe, habe er alles mögliche unternommen, um sie und ihren Mann zu veranlassen, daß sie wieder aus seiner Wohnung wegziehen sollten, und weil sie dieses nicht thun wollten, sey es zu immer größeren Zwistigkeiten und heftigen Auftritten zwischen ihnen und dem Schwiegervater gekommen.

Da sie nun öfters über diese Verhältnisse nachgedacht, und sich erinnert habe, wie gut der Schwiegervater während seiner Krankheit mit ihr gewesen sey, und sie geglaubt habe, daß sie, wenn er wieder krank würde, durch eine neue sorgfältige Pflege, sich seine Zuneigung wieder erwerben könnte; sey ihr endlich der Gedanke gekommen, ihrem Schwiegervater etwas einzugeben, wodurch er krank werden und ein paar Wochen im Bette liegen müßte, damit wieder Ruhe im Hause werde und sie sich bey demselben wieder beliebt machen könnte.

Um dieses Vorhaben auszuführen, habe sie um einen Groschen W. W. Vitriolöhl gekauft, weil sie gehört habe, daß dasselbe schädlich sey, und an dem Tage ihrer Verhaftung habe sie des Morgens, während ihr Mann schon auf dem Marktplatze war, ihr Schwiegervater aber noch schlief, in dessen schon zubereiteten Milchkaffee einen Theil des gekauften Vitriolöhles gegossen, den Kaffee auf den Herd an das Feuer gesetzt und sich dann gleichfalls entfernt. — Ihr Gedanke hierbey sey keineswegs gewesen, daß ihr Schwiegervater etwa um das Leben kommen, sondern lediglich, daß er auf einige Zeit krank werden sollte, indem sie gemeint habe, er werde durch das Vitriolöhl ein heftiges Bauchgrimmen erhalten.

Bey seiner criminalgerichtlichen Vernehmung brachte J. W. bloß an, daß er an jenem Morgen seinen Kaffee beym Aufstehen

schon am Feuer gefunden habe, und daß, als er ein paar Tropfen, um zu sehen, ob derselbe schon warm genug sey, in den Mund genommen habe, ihm der üble Geschmack des Kaffees aufgefallen sey, worüber er gleich seinen Nachbar herbeygerufen, und in dessen Gegenwart den Kaffee nochmahls gekostet habe. Als aber auch der Nachbar den Kaffee gekostet, und geäußert hatte, es müsse etwas Schädliches hineingegeben worden seyn, habe er über dessen Anrathen die Anzeige bey der Polizey gemacht. Von dem zum Kosten in den Mund genommenen Kaffee hatten übrigens weder er, noch der Nachbar, des üblen Geschmackes wegen, etwas verschluckt, sondern denselben gleich wieder ausgespuckt. — Über die übrigen vorgekommenen Umstände ließ sich durch den J. W. nichts erheben, weil er von der Rechtswohlthat des §. 377 St. G. I. Th. Gebrauch machte, und sich jeder weiteren Aussage entschlug.

Die, durch die beeideten Kunstverständigen veranlaßte chemische Untersuchung des fraglichen Kaffees zeigte, daß in demselben etwa hundert Tropfen concentrirte Schwefelsäure, sogenanntes braunes Vitriolöhl, gegossen worden waren; daß die gebrauchte Schwefelsäure um zwey Drittheile schwächer sey, als die officielle, und daß die Beymischung dieses Quantums in den, ein Seidel messenden, Kaffee beyläufig dasselbe Mischungsverhältniß gebe, wie die Schwefelsäure im medicinischen Gebrauche angewendet werde. — Über die Wirkung dieser Mischung äußerten sich die Gerichtsärzte, mit Berücksichtigung der Leibesbeschaffenheit des J. W. dahin, daß diese Mischung ganz genommen, zwar nie das Leben gefährdet, wohl aber eine bedeutende Endzündung des Magenschlundes, besonders der Magen- und Dünndarmschleimhäute, bey dem lungenkranken J. W. aber auch noch überdieß heftige Athmungsbeschwerden hervorgebracht haben würde. Übrigens sey es bey dem Umstande, als Kaffee nur geschlürft, nicht aber wie Wein, Bier u. dgl. in gähen Zügen getrunken werde, nicht leicht denkbar, daß irgend Jemand, bey dem auffallend üblen Geschmacke einer solchen Mischung, so viel davon verschlucken werde, daß die dadurch entstandenen üblen Folgen als eine schwere Krankheit oder Verletzung angesehen werden könnten.

Was nun die Beurtheilung dieses Falles betrifft, so konnte,

da die Verhaftete die Absicht, den J. W. tödten zu wollen, in Abrede stellte, und ein anderer Beweis dieser Absicht um so weniger möglich war, als nach dem Ausspruche der Kunstverständigen die von ihr bereitete Mischung sich nicht als lebensgefährlich darstellte, von einem versuchten Meuchelmorde nach §§. 1, 7 und 118 lit. 1 St. G. I. Thl. [1]) wohl nicht die Rede seyn. Da aber geständigerweise die Absicht der Thäterin dahin ging, daß J. W. durch Austrinken des mit Schwefelsäure vermischten Kaffees krank, und ein paar Wochen bettliegerig werden sollte, und diese Absicht offenbar als eine feindselige, im Sinne des §. 123, und als Absicht, den J. W. zu beschädigen, im Sinne des §. 136 angesehen werden muß, so blieb die Frage, ob nicht, nach Verschiedenheit des möglichen Erfolges, gemäß der eben citirten §§. das Verbrechen des Todtschlages oder der körperlichen Verletzung, und zwar, da die beabsichtigte Wirkung nicht aus dem Willen der Thäterin, sondern aus anderen Ursachen unterblieb, nach §. 7 als criminell strafbarer Versuch vorliege? — Da nach dem Befunde der Ärzte die Mischung des Kaffees mit der Schwefelsäure nie lebensgefährlich gewesen wäre, so fiel die Annahme des Todtschlages von selbst weg. Da ferner die Ärzte es für nicht leicht denkbar erklärten, daß Jemand von der so auffallend übelschmeckenden Mischung so viel verschlucken könne, daß daraus eine als schwere zu erklärende Verletzung des Organismus entstehen würde, und durch das Beyspiel des J. W. und seines Nachbars, welche nicht im Stande waren, auch nur eine kleine Quantität des Kaffees hinabzubringen, dieser Ausspruch sich bestätigte, so erschien das von der Verhafteten zur Ausführung ihres bösen Vorhabens gewählte Mittel ganz verfehlt und unzweckmäßig, mithin als keine zur wirklichen Ausübung führende Handlung, wodurch auch die Zurechnung eines Versuches des Verbrechens der körperlichen Verletzung nach §. 7 wegfiel.

Es wurde daher wegen Mangel des Thatbestandes des versuchten Verbrechens des Todtschlages oder der körperlichen Verletzung eine weitere criminalgerichtliche Amtshandlung wider die Verhaftete nicht vorgenommen, sondern dieselbe, zur Beurtheilung, ob

---

[1]) Wo §§. ohne nähere Bezeichnung citirt sind, sind immer jene des St. G. I. Thl. verstanden.

ihre Handlungsweise nicht etwa nach §. 183 St. G. II. Thl. eine schwere Polizeyübertretung gegen die körperliche Sicherheit begründe, der competenten politischen Behörde übergeben. Das Resultat der dortigen Beurtheilung wurde mir nicht bekannt.

Setzen wir nun aber, ohne an den übrigen erhobenen Umständen des eben erzählten Rechtsfalles auch nur das geringste zu ändern, die Thäterin hätte, statt der zu ihrem Vorhaben so ungeeigneten Schwefelsäure, ein anderes, sich durch den Geschmack nicht verrathendes Gift, z. B. Arsenik oder Bleyzucker gewählt, und davon ein solches Quantum in den Kaffee gegeben, daß dasselbe den Tod oder doch eine schwere Krankheit des J. W. herbeygeführt hätte, das Austrinken der Mischung aber ebenfalls durch irgend einen Zufall verhindert worden wäre, so bliebe nichts anderes übrig, als die Handlung für einen Versuch des Verbrechens des Todtschlages oder der Verletzung zu erklären und zu bestrafen oder gänzlich straflos zu lassen.

Denn das Strafgesetz spricht in dem VI. Absatze der Einleitung aus, daß als Verbrechen oder schwere Polizeyübertretung nur dasjenige behandelt und bestraft werden könne, was in dem Strafgesetze ausdrücklich dafür erklärt wird. Nun findet sich aber im I. Theile des Strafgesetzes außer der Zusammenstellung der §§. 7 und 123, oder 7 und 136 gar keine gesetzliche Anordnung, unter welche der obige Fall subsumirt werden könnte. In dem II. Theile des Strafgesetzes aber finden sich nur die §§. 89 und 183, welche auf diese That angewendet werden könnten, deren Anwendbarkeit aber bey genauerer Betrachtung sehr zweifelhaft ist. Die in dem 8. und 9. Hauptstücke des St. G. II. Thl. aufgeführten schweren Polizeyübertretungen gegen die Sicherheit des Lebens und die körperliche Sicherheit, sind alle eigentliche schwere Polizeyübertretungen (Abs. IV. Einl.), d. i. solche, bey denen, — mit einziger Ausnahme des Selbstmordes und der Selbstverstümmlung — der böse, auf Tödtung oder Verletzung gerichtete, Vorsatz des Thäters (dolus) gänzlich ausgeschlossen ist, und demselben nur ein Verschulden (culpa) zur Last fallen darf [1]). Dagegen liegt in unserem

[1]) Kudler's Commentar, 4. Aufl. 1. B. S. 215, 372.

Falle die böse, geradezu auf eine Rechtsverletzung gerichtete Absicht der Thäterin erhoben vor, und man würde, mit Berücksichtigung des Abs. VI. d. Einl. den §§. 89 und 183 St. G. II. Thl. eine zu weite, ihrem ausdrücklichen Inhalte entgegenstehende Auslegung geben, wenn man zu Folge Abs. III. d. Einl. behaupten würde, daß, weil nach demselben absichtliche Verletzungen, welche nach Beschaffenheit der unterlaufenden Umstände zu einer Criminalbehandlung nicht geeignet sind, als schwere Polizeyübertretungen behandelt werden sollen, auch dieser Fall als schwere Polizeyübertretung, und zwar, weil er sonst nirgends hinpaßt, nach §§. 89 oder 183 St. G. II. Thl. zu behandeln sey.

Anstatt daher eine Lücke in unserer so systematischen Gesetzgebung anzunehmen, wird man nicht umhin können, das Bestehen eines verbrecherischen Versuches des Todtschlages oder der Verletzung zuzugeben, und daß ein solcher in den allgemeinen Grundsätzen unseres Strafgesetzes auch wirklich normirt sey, mag die nachstehende Betrachtung zeigen.

So wie zu jedem Verbrechen, so wird auch zu dem Verbrechen des Todtschlages und der Verwundung böser Vorsatz (§. 1), und eine demselben entsprechende, im Strafgesetze als verbrecherisch erklärte äußere Handlung (Abs. VI. d. Einl. u. §. 8) erfordert. — Bey dem Verbrechen des Todtschlages erklärt das Strafgesetz im §. 123 die dazu erforderliche böse Absicht, für eine feindselige. Eine feindselige Absicht kann, nach der Stellung des §. 123 unter jenen Gesetzabschnitten, welche nach der im §. 50 aufgeführten Eintheilung von den Verbrechen wider die persönliche Sicherheit handeln, wohl keine andere seyn, als die Absicht, einen Menschen an seiner Person zu beschädigen. Dieß folgt auch daraus, daß im §. 123 das Gesetz dem „Entschlusse, ihn (einen Menschen) zu tödten," eine „andere feindselige," mithin immer auf Verletzung der persönlichen Sicherheit gerichtete Absicht entgegen setzt, um so mehr, als die Befriedigung einer feindseligen oder gehässigen Absicht durch Beschädigung der Sachen eines anderen, im §. 72 und §. 74 insbesondere verpönt ist. Mit Berücksichtigung des §. 1 läßt sich daher der zu dem Verbrechen des Todtschlages erforderliche böse Vorsatz dahin bestimmen: er bestehe in dem, aus einer feindseligen Gesinnung gegen einen Menschen entsprungenen, Bedenken und

Beschließen einer körperlichen Beschädigung desselben. Wie klein, oder wie groß diese Beschädigung beabsichtigt sey, ändert an dem Wesen der bösen Absicht nichts, nur darf diese nicht geradezu auf die wirkliche Tödtung des anderen gerichtet seyn (§. 117), wenn gleich die Beabsichtigung einer solchen Beschädigung, welche die Möglichkeit der Tödtung des Anderen in sich trägt, nicht ausgeschlossen ist. Dieß zeigt der §. 143, welcher denjenigen, der seinen Gegner im Zweykampfe tödtete, einen Todtschläger nennt, während doch der Duellant immer die alternative Absicht hat, nach Umständen sich zu vertheidigen, wohl aber auch seinen Gegner durch Verwundung oder sogar Tödtung kampfunfähig zu machen, was das Gesetz auch anerkennt, indem es in §. 140 den Zweykampf einen Streit mit tödtlichen, d. i. zum Tödten geeigneten und gewöhnlich gebrauchten, Waffen nennt.

Die zu dem Verbrechen des Todtschlages von dem Gesetze geforderte verbrecherische Handlung muß nach dem Wortlaute des §. 123 eine solche seyn, wodurch ein Mensch um das Leben kommt. Es muß also die Handlung des Thäters selbst, ohne Berücksichtigung anderer zufällig eingetretener Umstände, die unmittelbare und genügende Ursache des Todes des anderen gewesen, oder es muß, wie sich der §. 117 ausdrückt, der Tod nothwendig daraus erfolgt seyn.

Was das Verbrechen der Verwundung oder anderer körperlicher Verletzungen betrifft, so erklärt hier das Gesetz im §. 136 ausdrücklich, daß die böse Absicht des Thäters dahin gerichtet seyn müsse, Jemanden — d. i. einen anderen Menschen, nicht sich selbst (§. 161 II. Thl.) — zu beschädigen, wobey sowohl aus dem weiteren Inhalte des §. 136, so wie aus der Überschrift des betreffenden 19. Hauptstückes, kein Zweifel seyn kann, daß hier nur eine Beschädigung der Person eines anderen verstanden sey, und in dem Bedenken und Beschließen einer Verletzung der persönlichen Sicherheit und körperlichen Integrität eines Menschen besteht der eigenthümliche böse Vorsatz bey diesem Verbrechen, ohne daß es darauf ankömmt, eine wie große oder wie geringe Verletzung in der Absicht des Thäters gelegen sey.

Die diesem bösen Vorsatze entsprechende verbrecherische Handlung liegt nach §. 137 darin, daß der Beschädigte schwer ver-

wundet oder verletzt, oder ihm an seiner Gesundheit Nachtheil zugezogen wird, wobey es sich ebenfalls von selbst versteht, daß in der Handlungsweise des Thäters der genügende Grund zu den eingetretenen üblen Folgen liege.

Dieses vorausgeschickt, dürfte nun die Beantwortung der Frage, ob bey den Verbrechen des Todtschlages und der Verwundung ein criminell-strafbarer Versuch möglich sey, nicht schwer seyn. Nach dem Wortlaute des §. 7 liegt ein verbrecherischer Versuch dann vor, wenn der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, oder durch Zufall unterblieben ist. — Hat nun Jemand in der Absicht, einen anderen Menschen an seiner Person zu beschädigen, eine Handlung unternommen, welche erweislich geeignet war, den Tod oder wenigstens eine schwere Verwundung oder Verletzung des anderen herbeyzuführen, und ist die Vollbringung dieser Handlung oder der wirkliche Eintritt des Erfolges, bloß durch Unvermögenheit, Dazwischenkunft eines Dritten, oder durch Zufall unterblieben, so treten alle, in dem Wortlaute der §§. 7 und 123, oder 7 und 136 geforderten Merkmahle vereinigt ein, und es muß, wollte man nicht eine Ausnahme von der Anwendung des Strafgesetzes überhaupt machen, das Verbrechen des Versuches des Todtschlages oder der Verwundung als nach unserem Strafgesetze bestehend angenommen werden.

Dagegen wird gewöhnlich folgende Einwendung geltend gemacht: der Versuch eines Verbrechens setze voraus, daß das nach dem Gesetze zum Begriffe des Verbrechens nothwendige Übel von dem Thäter beabsichtigt worden, jedoch die wirkliche Hervorbringung desselben nicht erfolgt sey; nun sey aber bey dem Todtschlage die Absicht, zu tödten, geradezu ausgeschlossen, bey der Verwundung die Absicht, schwer zu verletzen, nicht erforderlich; beyde diese Verbrechen erhalten daher ihr wesentliches Merkmahl erst durch den wirklich eingetretenen Erfolg der Handlung, und eben deßhalb sey bey beyden ein Versuch nicht denkbar [1]).

---

[1]) Siehe unter andern Jenull in seinem Commentare zum §. 123.

Hierauf läßt sich aber erwiedern: Der §. 7 stellt die allgemeine Regel auf, daß zu einem Verbrechen nicht nöthig sey, daß die That wirklich ausgeführt werde; von dieser Regel macht das Gesetz nirgends eine ausdrückliche Ausnahme, und eine solche läßt sich daher um so weniger stillschweigend, und gerade nur bey den Verbrechen des Todtschlages und der Verwundung annehmen. Unser Strafgesetz stellt seine allgemeinen Grundsätze so klar und deutlich auf, führt dieselben so consequent durch, und gibt jede Abweichung so genau und bestimmt an, daß die Annahme einer stillschweigenden Ausnahme von der allgemeinen Lehre von dem Versuche, bey einem gewissen Verbrechen, schon gegen die ersten Auslegungsregeln des Strafgesetzes verstoßen würde.

Aber auch durch die Natur dieser Verbrechen allein wird eine solche Ausnahme nicht begründet, indem es mehrere Verbrechen gibt, bey denen das Gesetz zur Constatirung ihres Begriffes einen bestimmten eingetretenen Erfolg fordert (z. B. §§. 52 a, 57, 78, 88, 110, 117, 128) und doch zweifelt Niemand, daß bey denselben ein Versuch möglich sey; warum soll er daher bey dem Todtschlage und der Verwundung nicht möglich seyn?

Das Gesetz braucht ferner bey Aufstellung der allgemeinen Bestimmung über den Versuch eines Verbrechens in §. 7, rücksichtlich der Absicht des Thäters, von ihm die Bezeichnung: der Bösgesinnte, und versteht darunter einen Menschen, der die zu jedem (Abs. II. Einl. §. 1) oder zu einem bestimmten Verbrechen erforderliche böse Absicht hegt [1]), und um diese Absicht äußerlich in das Werk zu setzen, eine zu deren Erreichung geeignete Handlung unternimmt. Nun besteht aber, wie oben gezeigt wurde, die von dem Gesetze bey den Verbrechen des Todtschlages und der Verwundung geforderte eigenthümliche böse Absicht darin, einen Menschen an seiner Person beschädigen zu wollen, welche Absicht weder die Bezweckung des Todes nach einer schweren Verletzung des andern nothwendig in sich schließt; und eben darin, daß in dieser auf Beschädigung des andern gerichteten Absicht eine Handlung unternommen wird, die in ihrem Erfolge den Tod oder eine schwere Verletzung

[1]) v. Egger, kurze Erkl. ꝛc. I. B. S. 39.

des Beschädigten nach sich gezogen hätte, liegt der Versuch des Verbrechens des Todtschlages oder der Verwundung. Bey diesem letzteren Verbrechen schwindet aber jeder Zweifel dann, wenn der Thäter geständig wäre, daß er dem anderen eine schwere Verletzung, z. B. durch Abhauen einer Hand, einen Schuß auf einen edleren Körpertheil u. dgl. habe beybringen wollen.

Die noch außerdem von Seite der Praxis erhobene Einwendung, daß es auch deßhalb keinen Versuch des Todtschlages oder der Verwundung in der Wirklichkeit geben könne, weil es schwer oder gar nicht erweislich seyn dürfte, was denn eine nur angefangene Handlung für einen endlichen Erfolg gehabt haben würde, hat wohl kein Gewicht, indem einerseits die Schwierigkeit der Anwendung eines allgemeinen gesetzlichen Grundsatzes auf einzelne Fälle in der Wirklichkeit, nicht leicht der Prüfstein für seine Richtigkeit seyn kann, und es anderseits — wie der eingangserwähnte Rechtsfall zeigt — doch manche Fälle geben kann, in welchen der endliche Erfolg einer angefangenen Handlung sich mit Sicherheit nachweisen läßt.

Das Wirken

der königlichen ungarischen Wechselgerichte,

in Berichten

von

Herrn Dr. Gustav Wenzel,

o. ö. Professor der Rechte an der k. k. Theresianischen Ritterakademie in Wien.

Erste Mittheilung.

1841 und 1842.

Indem der Verfasser dieses Aufsatzes mit dem Versuche auftritt, nicht etwa hier eine äußere chronikenartige Erzählung dessen zu geben, was sich vielleicht eben mit und bey den, seit dem 1. Jänner 1841 in Wirksamkeit bestehenden ungarischen Wechselgerichten zutrug; — sondern aus deren Wirken einen Beytrag zu liefern, wie die Creditsverhältnisse Ungarns und dessen Nebenländer, welche durch den Reichstag 1839 auf 1840 auf eine feste gesetzliche Basis gebracht wurden, sich seither unter ihrer Vermittlung auf derselben gestalteten: dürfte wohl vor Allem mit Recht die Forderung gestellt werden, den Standpunct der Betrachtung anzugeben. Dieß ist der Zweck der vorläufigen Bemerkungen. Dieser Standpunct soll übrigens nicht ein subjectiv zufälliger, sondern ein in der objectiven Sachlage begründeter seyn.

Bey den verehrten Lesern wird eine — wenigstens allgemeine Kenntniß vom Entstehen der ungarischen Creditsgesetze und von ihnen selbst — mindestens so vorausgesetzt, wie überhaupt derartige Kenntnisse nothwendig sind, um Berichte und Erörterungen über

24 *

die Bildung von Verhältnissen eines Landes durch Gesetze auch nur zu verstehen. Zugleich müssen diese Kenntnisse aber auch auf die Zustände des Landes bezogen werden, wir müssen uns anschaulich machen, wie die Gesetze, Einrichtungen und Anstalten beschaffen waren, die zur Begründung, Erhaltung, Befestigung und Hebung des Credits, früher in Ungarn und dessen Nebenländern bestanden; — welche Mängel sich an ihnen besonders bemerkbar machten; — welche Bedürfnisse hierdurch fühlbar wurden; — wie allgemein verbreitet der wohlbegründete Wunsch nach einer, die Creditsverhältnisse nach den Principien der Gerechtigkeit und Klugheit regelnden Gesetzgebung war; — wie eine solche nach mehrmahligen Versuchen und Vorarbeiten endlich auf dem Reichstage 1839 — 1840 zu Stande kam; — welche Erwartungen man an sie einerseits stellte, und welchen zu genügen sie anderseits geeignet ist; — und welche Bedeutung sie nicht bloß bezüglich des inneren und äußeren Handels, sondern auch aller anderen, namentlich der auf die Production materieller Güter gerichteten, Lebensverhältnisse Ungarns mit Recht in Anspruch nimmt. Nur bey gehöriger Beachtung aller dieser Rücksichten ist eine vollkommene Würdigung dieser Gesetze selbst möglich.

Hieraus ergibt sich aber auch der hohe Beruf und die wichtige Aufgabe der eigens zur Inslebensetzung und Handhabung der Creditsgesetze, an welche sich so viele Hoffnungen und Erwartungen knüpfen, bestellten königl. ungarischen Wechselgerichte. Ihnen liegt nicht bloß ob, den Anforderungen, welche im Allgemeinen, und namentlich vermöge der Bestimmungen des ungarischen Rechts an Gerichte überhaupt gemacht werden, zu genügen [1]; — ihre Pflicht

[1]) Werböczy Prol. tit. 14 sagt in dieser Hinsicht: Ut judicium sit actus justitiae, tria requiruntur. Primo, ut procedat ex justitiae inclinatione. Secundo ex Praesidentis authoritate atque jurisdictione. Tertio, ut exeat proferaturque ex prudentiae recta ratione. — — — §. 4. Ad Judicem autem praecipue spectat mature singula discutere; nec debet in ferenda sententia praeceps aut subitus esse, alioqnin voluntas ejus praecipitata, noverca justitiae diceretur. Nec plus uni, quam alteri parti debet favere: nec esse acceptor personarum: alienamque necessitatem suam debet existimare. In primis autem passioni-

fordert auch, daß sie, der aus den Gesetzen erweisbaren Absicht des Gesetzgebers gemäß, bey allen und jeden Acten ihrer Amtsthätigkeit stets die zur Herstellung und Erhaltung eines festen Credits nothwendigen Bedingungen vor Augen halten. So, aber auch nur so, und wenn sie jederzeit und überall bey den übrigen Behörden des Landes bereitwillig jene Unterstützung finden, welche das Gesetz verordnet — wird nicht nur im Inneren festes gegenseitiges Vertrauen das Abschließen aller Geschäfte erleichtern, sondern auch jenes Mißtrauen sich wieder verlieren, welches man im Auslande seit einigen Decennien gegen Creditsverbindungen mit Ungarn hatte, und welches so störend, unmittelbar auf die Handels-, mittelbar aber auch auf viele andere Verhältnisse dieses Landes und seiner Bewohner wirkte. — Außerdem müssen sich durch die Wirksamkeit der Wechselgerichte die Creditsgesetze auch zu organischen Bestandtheilen des in seinen übrigen Theilen aus ganz anderen Präcedentien hervorgegangenen und viel älteren ungarischen Rechtes bilden, wobey wohl die dem Rechte an und für sich schon eigene innere, gleichsam organisirende Kraft vorzüglich thätig ist, nichts destoweniger aber auch ein sorgsames Mitwirken der Gerichte schon deßhalb nothwendig wird — weil, wie bey der Anwendung jedes, mehr abstract gehaltenen neuen Gesetzes, auf das concrete Leben überall Schwierigkeiten vorkommen, die nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden können; — so dieß mit den Creditsgesetzen in Ungarn ebenfalls und zwar um so mehr stattfinden mußte, da hier die eigenthümlich gestalteten Verhältnisse des Landes eine näher bestimmende Vermittlung ganz besonders forderten.

Fassen wir diesen, in der Natur der Sache begründeten Ansichten gemäß, das Wirken der ungarischen Wechselgerichte auf: so dürfte ihm wohl außer der unmittelbaren Vollstreckung gesetzlicher Bestimmungen in vorkommenden Fällen, auch eine höhere Bedeutung zukommen. Wirklich ergaben sich nicht wenig Fälle, deren

bus animi carere, ut non moveatur prece, odio vel amore. Nam Judex etiamsi tulerit sententiam justam, tamen tenetur in foro conscientiae, si id fecerit potius odio, quam amore justitiae. — §. 5. Nec debet esse Judex nimis crudelis, nec pius nimis; sed aequus in judicando. etc.

Entscheidung in dieser Hinsicht den juristischen Tact und die würdige, unbefangene Haltung der Wechselgerichte, besonders der oberen ins schöne Licht stellen; indem sie zugleich zur lehrreichen Erläuterung der Gesetze werthvolle Beyträge liefern. Und diese sind es auch, welche dem oben angedeuteten Plane gemäß hier zu beleuchten vorzüglich unsere Aufgabe ist. Die Angaben sind meistens den mittelst Druck veröffentlichten Erkenntnissen der oberen Wechselgerichte [1]), also ämtlichen Quellen entnommen, wobey jedoch, um jedem etwaigen Mißverständnisse vorzubeugen, die in der Anordnung des ungarischen Gerichtswesens überhaupt begründete Gewohnheit in Erwähnung gebracht wird, vermöge welcher die Urtheilssprüche der höheren Gerichte im Drucke erscheinen, und hierdurch dem Publicum zugänglich gemacht werden. Denn da diese Urtheilssprüche in Ermanglung gesetzlicher, oder durch unzweifelhafte Gewohnheit festgestellter Normen sich eines besonderen Ansehens erfreuen; ja sowohl von den oberen Gerichten selbst, als auch von den unteren bey der Entscheidung fernerer Fälle berücksichtigt zu werden pflegen, somit leicht eine zur Begründung von Rechtsgewohnheiten so wichtige **opinio juris** veranlassen: so ist den ungarischen Juristen viel daran gelegen, sie kennen zu lernen. Ihre Sammlung und Herausgabe [2]) wird daher als eine Arbeit von höchster Bedeutung be-

---

[1]) **A' főméltóságu királyi főtörvényszékeken váltó-és csődületi ügyekben hozott birói határozatok**; d. h. gerichtliche Erkenntnisse der hochlöbl. königl. Obergerichtshöfe in Wechsel- und Concursfällen. Gedruckt zu Pesth in der Trattner-Karolyischen Druckerey.

[2]) Hierher gehören die unter öffentlicher Authorität 1769 gesammelten und zusammengestellten Entscheidungen der k. Curie in Rechtsfragen oder s. g. Decisionen seit dem Jahre ihrer Einsetzung (1723). Sie erschienen mehrmahl im Drucke (zuerst 1800 in Preßburg Fol.) unter dem Titel: **Planum Tabulare seu Decisiones curiales.** Die späteren Urtheilsprüche der k. Curie sammelte der Pesther Curial-Advocat Stephan Molnár, und gab sie in zweckmäßig geordneter Form heraus in Pesth 1823 Fol. — Seit 1822 ist es eingeführt daß die Urtheile der königl. Curie jeden Gerichtstermin im Drucke erscheinen; eine Einrichtung, welche neuerer Zeit auch auf die Sentenzen des königl. Tavernical- und des königl. Personalstuhls; und endlich auch auf die der höheren Wechselgerichte ausgedehnt wurde

trachtet, da sie dem Rechtscommentator, wie dem practischen Juristen zur Erläuterung der Gesetze und näheren Kenntniß der Gewohnheit die werthvollsten Materialien liefert.

Und von diesem Standpuncte aus, mittelst dieser Hülfsmittel, wollen wir ein möglichst getreues Bild vom Wirken der ungarischen Wechselgerichte, und hier zwar vorläufig während der ersten zwey Jahre ihres Bestehens, wohl mehr zu skizziren, als zu geben versuchen. Den eigentlichen Thatbestand, welcher den Erkenntnissen zu Grunde liegt, werden wir nur in so weit in Betracht ziehen, als dieß zu deren Verständniß unumgänglich nothwendig ist; und deßhalb alle juristisch minder bedeutenden Nebenumstände z. B. Namen der Partheyen u. dgl. — obgleich diese in den gedruckten Sentenzen ausgesetzt sind — weglassen. Die Erkenntnisse selbst aber, um deren Auffindung möglich und unsere Arbeit brauchbar zu machen, mit dem Datum und der Nummer bezeichnen, unter denen sie in der gedruckten Sammlung vorkommen. Wir werden dabey 1) das Wirken der ungarischen Wechselgerichte im Allgemeinen; 2) das Verfahren in Wechsel-; 3) das in Lieferungs- und 4) das in Concursstreitigkeiten betrachten.

I. Das Wirken der ungarischen Wechselgerichte im allgemeinen.

Das erste Capitel des zweyten Theils des ungarischen Wechselcodex setzt für Ungarn und dessen Nebenländer (mit ausdrücklichem Einschlusse der gesammten ungarischen, croatischen und slavonischen Militärgränze) sieben neue Wechselgerichte erster Instanz zu Pesth, Preßburg, Ödenburg, Debreczin, Eperjes, Arad und Karlstadt ein, errichtet an der königl. Curie ein eigenes k. Appellations-Wechselgericht, und verordnet, daß zur Superrevision der dem Wirkungskreise der Wechselgerichte angewiesenen Gegenstände eine Section der Septemviraltafel mit eigenen Wechselreferenten, ohne Einhaltung der Juristitien, Sitzungen, halte. Neben diesen blieb auch das bereits 1722 in Fiume errichtete Wechselgericht in seinem un-

Letztere sind, dem an der königl. Curie bestehenden Verfahren gemäß in ungarischer Sprache abgefaßt.

veränderten Bestehen als Wechsel- und Handelsgericht und Seeconsulat; und wurde der Appellationszug an das dortige Gubernium und das Septemvirat festgestellt [1]). Jene aber erhielten eine ihrer Bestimmung entsprechende ganz eigene Organisirung, und ihren gesetzlich angewiesenen besonderen Wirkungskreis, wozu dann noch eine die bey Inslebensetzung der Creditsgesetze zu beobachtenden Rücksichten näher bestimmende Allerhöchste Instruction kam. Sie sind in ihrer Stellung und ihrem Verfahren von keiner anderen (Comitats-, städtischen oder Districts-) Behörde abhängig; vielmehr diese durch das Gesetz angewiesen, das Wirken der Wechselgerichte auch ihrerseits aufs kräftigste und pünctlichste zu fördern und zu unterstützen.

Die Competenz der Wechselgerichte wird übrigens durch §. 18 des II. Theils des Wechselcodex dahin bestimmt, daß an Orten, wo Wechselgerichte sich befinden, die Bekanntgebung des erhobenen Protestes an die Vormänner, und die Deponirung streitiger Wechselsummen, inwiefern in diesen Fällen die Partheyen eine ämtliche Vermittlung wünschen; — ferner im Allgemeinen die Inprotocollirung der Firmen und Verträge von Erwerbsgesellschaften, so bald solche, die mit der wechselgerichtlichen Inprotocollirung verbundenen Vorrechte sich aneignen wollen; — alle Wechselstreitigkeiten; — die Streitigkeiten unter Handelsleuten und Fabrikanten, welche beym Wechselgerichte inprotocollirt sind, sobald zu ihrer Entscheidung die Vorweisung der Handelsbücher nöthig ist; — endlich auch alle jene, welche aus Lieferungsgeschäften entstehen, zu dem Wirkungskreise der Wechselgerichte gehören. Da außerdem die von den Partheyen vor dem Wechselgerichte zu Stande gekommenen gütlichen Vergleiche im Sinne des §. 84 des II. Thls. des WC. und nach §. 226 auch die wechselgerichtlichen Erkenntnisse, inwiefern sie das Honorar der Wechseladvocaten bestimmen, in allen ihren Rechtsfolgen als Wechsel anzusehen sind, müssen auch die hierüber sich ergebenden Streitigkeiten als zum Wirkungskreise

[1]) Auch wurde so die allgemeine Bestimmung des §. 18 II. Th. des WC. vom Gubernium zu Fiume verstanden; und Schreiber dieser Zeilen hat bey seiner Anwesenheit in Fiume im verflossenen Jahre z. B. vom Gavrilovich-Mattessichischen Handlungsprocesse gehört, der von demselben an das Septemvirat appellirt und dort in Superrevision genommen wurde.

der Wechselgerichte gehörend betrachtet werden; — so wie dasselbe nach 1840:18 §. 53 auch von Streitigkeiten gilt, welche einzelne Mitglieder der wechselgerichtlich inprotocollirten Erwerbsgesellschaften aus dem Gesellschaftsvertrage gegen die ganze Gesellschaft oder andere Mitglieder derselben anhängig machen. Endlich bestimmt noch 1840: 22 §. 98, daß die Concursstreitigkeiten an das Appellations-Wechselgericht appellirt werden. In anderen Streitigkeiten dürfen die Wechselgerichte nach §. 25 II. Thl. des WC. selbst dann nicht einschreiten, wenn die Partheyen sich ihrem Spruche unterwürfen.

Man sieht hieraus, daß ein zweyfacher Wirkungskreis der ungarischen Wechselgerichte unterschieden werden müsse, je nachdem sie in oder außer Streitsachen einschreiten. Das 3., 4. und 5. Kapitel des II. Theils des Wechselcodex handelt vom Einschreiten außer; das 6. bis 14. Kapitel von dem in Streitigkeiten. Bevor wir aber diese zwey Richtungen im Wirken der Wechselgerichte betrachten, dürfte wohl noch früher zu untersuchen seyn; wie sie selbst ihre Geschäftsstellung aufgefaßt haben. Vorzüglich betrifft dieß die Haltung, welche sie als die, Gesetze ins Leben setzende Gerichtsbehörden im Sinne der ungarischen Gerichtsverfassung annahmen; und die gesetzlichen Raum- und Zeitbestimmungen ihrer Competenz.

Der Beruf der Gerichte überhaupt ist, die Verwirklichung des Rechts im Staate zu vermitteln. Wie nun jedes Recht erst dann den Anforderungen eines civilisirten Gemeinwesens zu genügen vermag; wenn wenigstens seine Hauptbestimmungen in die Form zweckmäßig abgefaßter, möglichst vielumfassender geschriebener Gesetze gebracht sind: so beschränkt sich im geordneten Staate der Wirkungskreis der Gerichte mehr weniger auf bloße Vollstreckung der Bestimmungen des Gesetzes; und dieses besteht wieder, wo jene Form die systematischer Gesetzbücher ist, sehr häufig in einer bloßen Herausstellung und Auffassung des factischen Thatbestandes der vorkommenden Fälle, und dessen Subsumirung unter den Wortlaut der Gesetze.

Wenn nun gleich das ungarische Rechtssystem bey seiner Herausbildung aus dem innersten Marke des ungarischen Staats- und Volkslebens besonders für die in dasselbe ganz hineingelebte unga-

rische Nation sehr viele vorzügliche Seiten besitzt; — wenn gleich seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts seine Bestimmungen immer mehr und mehr in die feste Gesetzesform gebracht wurden: so ist es doch noch weit entfernt, uns ausschließlich, oder auch nur seinen Haupttheilen nach in der Gestalt systematischer Gesetzbücher vorzuliegen; ja es ließen sich sogar manche Bedenken erheben, ob wohl diese Form als eine den ganzen Rechtsorganismus umfassende, der bisherigen Entwickelung der ungarischen Staats-, Rechts- und Nationalinstitute entsprechen würde. Noch immer ist das ungarische Recht großentheils Gewohnheitsrecht; und auch von den erlassenen Gesetzen sind nicht wenige, die unter den gegenwärtigen Umständen sich als ganz angemessen bewähren, in einem materielle Vollständigkeit bezweckenden Gesetzbuche aber kaum an ihrem Platze wären. Wovon eine unmittelbare Folge ist, daß in Ungarn bey Anwendung der Gesetze den Gerichten ein etwas freyerer Spielraum gelassen wurde; und ihr Wirkungskreis nicht bloß die Subsumirung vorkommender Fälle unter die bestehenden Gesetze; sondern, besonders bey den höheren Gerichtshöfen, auch ein thätiges Mitwirken zur Schaffung von Rechtsnormen auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes umfaßt. Deßhalb wird denn von Alters her den höheren Gerichtsbehörden in Ungarn ein eigenes Ansehen zuerkannt [1]); wie denn anderseits in eben dieser Sachlage der Grund enthalten ist, daß trotz der, durch 1791:12 deutlich ausgesprochenen, Unabhängigkeit der Gerichte von allem äußeren Einflusse, der König dennoch sehr häufig in die Nothwendigkeit versetzt wird, als **supremus Justitiarius Regni** durch die verschiedenartigen Mandate des ungarischen Rechts die vorkommenden Unebenheiten und Mängel der Rechts-

---

[1]) Sciendum, quod . . municipalis haec nostra consuetudo, qua in judiciis modo generaliter utimur, ex tribus fundamentis constat. §. 1. Primo ex Constitutibus et Decretis publicis. §. 2. Secundo autem ex Principum privilegiis. §. 3. Tertio vero ex Judicum ordinariorum Regni sententiis. — — §. 11. . . ex Judicum ordinariorum Regni sententiis, Literisque adjudicatoriis iteratis; imo pluribus vocibus uno ex eodem ordine ac modo processuque latis et confectis, ac executione juridica roboratis, consuetudo ipsa emanavit.

pflege auszugleichen; daß ferner in der allgemeinen Anschauung der practischen Juristen Ungarns die k. ungarische Hofkanzley als eine Art Cassationshof erscheint.

Die Stellung, welche den ungarischen Wechselgerichten durch die Gesetze des Jahres 1840 angewiesen wurde, weicht nun von der der allgemeinen Gerichte vielfach ab, da ihrem Wirken ein systematisches Wechselgesetzbuch und genau bestimmte Creditsgesetze zu Grunde gelegt wurden. Auch kamen sie nur selten in die Lage, dabey außerhalb dieser Gesetze, z. B. in der allgemeinen Gerechtigkeit, in der Analogie u. dgl. ein Auskunftmittel zu suchen [1]). Nichtsdestoweniger sind sie als ungarische Gerichtshöfe wirkende Bestandtheile des einen ungarischen Gerichtswesens; und hielten sich deßhalb auch durch die leitenden Grundbestimmungen desselben in ihrem Wirken um so mehr gebunden, da der Gegenstand, auf welchen dieses ge-

---

[1]) Z. B. Da die Gesetze über das Wechsel-Executionsverfahren, namentlich §§. 156, 158, 159 und 161 des II. Thl. des WG. etwaige fremde Eigenthumsrechte an Sachen, die zufällig sich zwischen denen des der Execution Unterworfenen befinden, im Principe wohl als unantastbar anerkennen, dabey aber von dem Falle nicht sprechen, wenn der Eigenthümer durch gerechte Ursachen verhindert wurde, bey Gelegenheit der Execution zur Sicherstellung seine Rechte geltend zu machen, und auch Niemand anderer sich darum annahm: so wird dieß vom Appellations-Wechselgerichte am 25. November 1841 Nr. 558 mit Berufung auf die allgemeine Gerechtigkeit und Sicherheit des Eigenthums (a' köz igazság és a' vagyon' köz bátorsága) ergänzt. — Auf die natürliche Gerechtigkeit beruft sich z. B. das Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichts vom 5. December 1842 Nr. 1233. — Vermöge Analogie wurde die über den Wechselcurs im §. 167 des I. Thl. des WG. enthaltene Bestimmung durch Appellations-Wechselgerichts-Erkenntniß am 14. April 1843 Nr. 216 auch auf die variablen Preise der Producte bey Lieferungsgeschäften ausgedehnt und aus demselben Grunde wird die im §. 142 des II. Thls. des WG. enthaltene Bestimmung, über die Appellirbarkeit zweyer verschiedener Urtheile der ersten und zweyten Instanz an das Septemvirat auch von ebenso abweichenden Bescheiden gleich vom Anfange des Wirkens der Wechselgerichte her stets verstanden, und dieß im Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichts am 16. September 1842 Nr. 843 ausdrücklich berufen.

richtet ist, im Ganzen als rechtlich exceptionell gestellt betrachtet werden muß, so daß bey Allem, was keine Ausnahme ist, auch sie an das gemeine Recht gewiesen sind. In diesem Sinne nahmen auch die oberen Wechselgerichte, den ihnen untergeordneten der ersten Instanz und den exequirenden Behörden gegenüber, ganz dieselbe Haltung an, wie diese bey den allgemeinen Landesgerichten vorkommt; und hielten es ebenso für ihre Pflicht, in ihren Erkenntnissen sich gegen die Gesetze nicht bloß subsumirend, sondern auch erklärend und ergänzend zu verhalten. Da eine nähere Auseinandersetzung der letzteren Richtung ihres Wirkens zum eigentlichen Gegenstande dieses Aufsatzes gehört: so mögen hier nur bezüglich der ersteren einige Beyspiele angeführt werden.

Der Curator der Cridamassa eines fallirten Handlungshauses macht für die Massa Ansprüche auf Steingutwaaren, die in einem anderen Gewölbe vorhanden, daselbst zur Sicherstellung anderer Forderungen mit gerichtlicher Beschlagnahme belegt werden; wird jedoch vom Pesther Wechselgerichte erster Instanz am 30. August 1841 Nr. 1661 abgewiesen; worauf er die Appellation ergreift. Das Appellations-Wechselgericht entscheidet am 30. September Nr. 385 aus den vom Massacurator vorgelegten urkundlichen Beweisen zu dessen Gunsten. Da aber der Fall vor das Septemvirat gebracht wird, findet dieses in seinem Erkenntnisse vom 28. October Nr. 18, daß zur Entscheidung vor Allem eine nähere Kenntnißnahme der obwaltenden etwas verwickelten Handlungsverhältnisse nothwendig sey; was ein Vernehmen des Handelsherrn, in dessen Gewölbe die fraglichen Steingutwaaren jetzt aufbewahrt werden, und dessen Handlungscommis, so wie die Einsicht der in den zwey Handlungen geführten Handlungsbücher fordert; — daß den §§. 74 und 75 der k. Instruction für die Wechselgerichte nicht Genüge geleistet wurde, auch über die, bey der gerichtlichen Beschlagnahme der fraglichen Waaren obwaltenden Umstände nicht in den Proceßacten durch Beybiegung der betreffenden Urkunden nähere Aufschlüsse geben werden: weßhalb es die Acten zur Ergänzung dieser Mängel und zur Fällung eines neuen Urtheils an die erste Instanz zurückschickt. Dieses Erkenntniß des Septemvirats wird nun auch vom Appellations-Wechselgerichte am 27. Jänner 1842 Nr. 68 bezüglich einer neuen Entscheidung des Wechselgerichts erster Instanz vom 20. Jänner

Nr. 236 in dem Sinne aufrecht erhalten, daß die, wegen Verwandtschaft des zu vernehmenden Handelsherrn mit einem der Cridatare, unterlassene Vernehmung des ersteren hier um so mehr vorgenommen werden könne, da es sich ja nicht um Ansprüche des Letzteren, sondern der Crida-Massa, somit seiner Gläubiger handelt; bey dem Handlungscommis aber das Nichterscheinen desselben an dem Vorladungstage, 3. December, hier eine Anwendung des §. 100 des II. Thls. des WC. nicht gestattet, weil die Vorladung erst am 2. December geschah, und zwar bey persönlicher Abwesenheit des Klägers, dessen Gehülfen übergeben wurde, so daß nach Einhaltung der ihm guten 3 Tage, er erst am 5. December zu erscheinen verpflichtet gewesen wäre; — weil auch die eigentliche Wechselstrenge des angezogenen §. 100 auf bloße Forderungsfragen (**igényi kérdések**) nicht könne bezogen werden: so daß dem Erkenntnisse des Septemvirats Genüge geschehen müsse. — Der übrige Verlauf des, erst am 30. März 1842 Nr. 45 vom Septemvirate zu Gunsten der der Execution zur Sicherstellung bereits theilhaftig gewordenen Gläubiger, endlich entschiedenen Processes liefert zur Beleuchtung des von uns hier betrachteten Verhältnisses keinen weiteren Beytrag von Bedeutung mehr.

Ähnlich verhielt sich auch das Appellations-Wechselgericht dem eine wechselgerichtliche Forderung exequirenden Stuhlrichter eines Comitats gegenüber; indem es bezüglich eines dabey in Betracht kommenden, und die frühere Sicherstellung anderer Forderungen, durch Beschlagnahme des, dem Geklagten angehörigen, in einem Holzhandel vorhandenen Holzes, begreifenden Executionsactes, die auf dem Appellationszug vorgelegten Acten am 9. December 1841 Nr. 580 an den Stuhlrichter mit dem einschärfendem Auftrage zurücksandte, erst die obwaltenden Gesellschaftsverhältnisse, von denen hier die Eigenthumsfragen abhängen, aufzuklären.

Bezüglich einer bis zum Appellations-Wechselgerichte gelangten Klage, in der über Mißbräuche geklagt wird, welche wohl einen der Competenz der Wechselgerichte unterstehenden Gegenstand betreffen, an sich aber keinen solchen nach den §§. 18, 25 und 78 des II. Thls. des WC. ausmachen, — und die sub Nr. 136 von 1842 an die erste Instanz zurückgeschickt worden waren; erging am 11. April 1842 Nr. 209 ein neues Erkenntniß des Appellationsgerichtes,

daß in Beziehung hierauf kein eigener Proceß bey der ersten Instanz hätte eingeleitet werden sollen, sondern, da die Angelegenheit, welche jener Mißbrauch betrifft, ohnedieß daselbst in Verhandlung ist, das Erkenntniß über jene Klage ebenfalls in den über diese anhängig gemachten Proceß gehöre.

Und diese Stellung der Leitung des Verfahrens der unteren Wechselgerichte und der exequirenden Behörden durch die oberen wurde mit solchem Nachdrucke behauptet, daß, als ein Wechselgericht erster Instanz in seinem Erkenntnisse eine Widerlegung der Motive eines Bescheides des Appellations-Wechselgerichts versuchte; ihm dieß mittelst Erkenntniß desselben Appellations-Wechselgerichts vom 23. September 1841 Nr. 375 ausdrücklich gemißbilligt wurde.

Verfügungen, wie z. B. jene des Appellations-Wechselgerichts an das erster Instanz zu Pesth unterm 17. Jänner 1842 Nr. 25, daß eine von dem letzteren bewilligte zweymonathliche Erstreckungsfrist erst vom Zeitpunct der Mittheilung des Appellations-Wechselgerichtserkenntnisses an die Partheyen zu berechnen sey; — beyder oberen Wechselgerichte zu wiederhohlten Mahlen, daß bey Recursen und Appellationen die Unterbreitung der Proceßacten mit aller Sorgfalt, und ohne Auslassung, besonders der wichtigeren, zu geschehen habe; — des Septemvirats unterm 30. März 1842 Nr. 44, und unterm 3. May 1842 Nr. 50, daß den Acten ein geordnetes Verzeichniß beygelegt werde, u. dgl. m. sind von minderer Bedeutung, und da sie ohnedieß nur die weiter unten zu besprechende Proceßform, und nicht das Wesentliche der Stellung der Gerichte unter und gegen einander betreffen, möge genügen, dieß nur ganz kurz angedeutet zu haben.

Viel wichtiger dagegen, besonders in practischer Hinsicht erscheint die Frage: inwiefern in Gegenständen, welche das Gesetz der Competenz der Wechselgerichte zuweist, auch die gemeinen Landesgerichte zu verfahren berechtigt sind? Besonders betrifft diese Frage die, durch Ausstellen von Wechseln unter die, solchen eigene, Strenge gestellten verschiedenartigen, und angeblicherweise von dem Makel des Wuchers nicht immer freyen, Schuldforderungen.

Vor Einführung eines Wechselgesetzbuchs und Aufstellung eigener Wechselgerichte in Ungarn begründete das Ausstellen von Wech-

seln gewöhnlich bloß die Contractualgerichtsbarkeit der Wechselgerichte der nicht ungarischen Erbländer für jeden einzelnen Fall, die dann natürlich nach dem bey ihnen vorkommenden Verfahren auch solche Angelegenheiten von Ungarn zu behandeln pflegten; das somit ebenfalls als ein contractmäßig, jedoch unter ausdrücklicher Vermittlung des 1792:17 begründetes Rechtsverfahren betrachtet werden konnte. Der Aussteller des Wechsels pflegte sich dabey gewöhnlich mit Berufung auf den genannten Gesetzartikel diesem Verfahren ausdrücklich zu unterwerfen und zugleich eine Verzichtleistung auf die Rechtsmittel des ungarischen Gerichtsverfahrens hiermit zu verbinden. Man ging jedoch von der Ansicht aus, daß dieß eine, den nicht ungarischen Unterthanen des Kaiserthums, welche mit Ungarn in Geschäftsverbindungen zu treten gesonnen sind, zugestandene Begünstigung sey; von der sie nach Gutdünken aber auch abstehen können, so daß sie auch vor den ungarischen Landesgerichten und nach dem ungarischen Rechtsverfahren ihre Forderungen geltend machen konnten; — was freylich nicht sehr häufig geschehen seyn mag. Dieß war die Auffassung der ungarischen Juristen von dem auf Grundlage 1792:17 provisorisch mehr gestatteten, als sanctionirten Wechselgeschäftsverhältnisse zu den übrigen Erbländern.

Ganz anders mußte sich aber die Lage der Dinge in Ungarn mit Einführung des Wechselgesetzbuches 1840 gestalten; als dieses Land das Wechselinstitut auf seinem eigenen Boden gesetzlich sanctionirt erhielt. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß man mehrentheils an dasselbe etwas zu sanguinische Hoffnungen knüpfte; und daß man sich deßhalb in manchen derselben bald um so schmerzlicher enttäuscht fühlte, da Mißwachs 1841 vielen Theilen Ungarns einen gewohnten und damahls vielleicht mehr als gewöhnlich gewünschten Productenreichthum entzog; — daß Falliren einiger der ersten, eben mit Ungarn im lebhaften Verkehre stehenden Wiener Großhandlungshäuser, dem ungarischen Handel bis in seine kleinsten Verzweigungen theils mittelbar empfindlichen Schaden beybrachte; — bey dem eingerissenen Geldmangel, dem nur wenige, kaum nennenswerthe Creditsanstalten zu Hülfe zu kommen vorhanden waren, mehrere großartige Unternehmungen in Stocken geriethen; die minderen im Allgemeinen sehr beeinträchtigt wurden; — daneben aber der Wucher jede sich ihm nur irgend darbiethende Gelegenheit aus-

zubeuten versuchte. Trotz dieser mißlichen Verhältnisse mußten die neuen Wechselgerichte den ihnen gesetzlich vorgezeigten Weg mit wohlbedachter Energie betreten, um nicht etwa durch Rücksichtsnahme auf einen einzelnen augenblicklichen Mißstand gleich von vorne her dem Institute, welches zu vertreten sie bestimmt sind, nur schwer wieder heilbare Wunden beyzubringen; — vielleicht selbst auf lange Zeit dessen beabsichtigte Verwirklichung unmöglich zu machen. Und diesem Mißstande ist wohl auch das Fassen von ganz fremdartigen, von der Gesetzgebung, die sich hier so viel als möglich permissiv verhalten wollte, kaum hierher zu ziehen beabsichtigten Fällen, unter die Wechselform; so wie anderseits der, sich in obiger Frage aussprechende und als sehr weit verbreitete Klage seither in Ungarn oft gehörte, Wunsch zuzuschreiben: Es möge die Neigung, sich die aus allerley Geschäften entstehenden Forderungen in Wechselform zu stipuliren, nicht durch eine, dem Inhaber einer Wechselforderung noch immer zugestandene, alternative Wahl zwischen Einschlagung des wechselrechtlichen, und des mündlichen gemeinrechtlichen Verfahrens ganz nach seinem Gutdünken, noch mehr unterstützt werden; — es möge ihm vielmehr, da seine Forderung ohnedieß durch die Wechselstrenge gesichert ist, die Freyheit, sich des gemeinen Gerichtsverfahrens zu bedienen, insoweit und so lange beschränkt seyn, als ihm jene zu Gute kömmt, und erst dann zu Gebote stehen, wenn z. B. durch Verjährung ein wechselrechtliches Verfahren nicht mehr eingeschlagen werden kann; — wobey es natürlich keineswegs um Schmälerung der Rechte, welche mit einer Wechselforderung verbunden sind, sondern bloß darum zu thun ist, daß den eingeschlichenen Mißbräuchen möglichst gesteuert werde [1]).

---

[1]) Wir glauben in diesem Sinne auch einen recht interessanten Aufsatz des Advocaten Ladislaus Nemes in der ungarischen Zeitung Világ 1842 Nr. 43 vom 28. May verstehen zu müssen, in welchem er aus §. 107 des I. Thls. des WG. zu beweisen sucht, daß eigene, auf eigene Ordre gestellte, oder bereits acceptirte Wechsel, wenn sie weder binnen den gesetzlichen 24 Stunden zur Zahlung präsentirt, noch durch Protest aufrecht erhalten wurden, vor dem Ablaufe der zwey Verjährungsjahre auf das mündliche gemeinrechtliche Verfahren nicht gezogen werden können.

In einem bloß referirenden Aufsatze, wie der gegenwärtige, glauben wir solche rechtsdogmatische Untersuchungen nicht auf ihrem Platze. Jedenfalls würde dieser Gegenstand einen schönen Stoff zur Fortbildung des Institutes in und für Ungarn auf dem Wege der Rechtsdoctrin liefern; wie er anderseits in vollem Maße geeignet ist, die besondere Beachtung der Gesetzgebung auf sich zu ziehen. Nach dem bestehenden Rechte, wie ein solches aus den Gesetzen und aus rechtskräftigen Gewohnheiten nachgewiesen wird, meinen wir, daß jeder Wechsel ebenso wie was immer für eine andere Urkunde als ein vor jedem gemeinen Landgerichte zulässiges Beweismittel von Schuldforderungen betrachtet werden müsse; nur daß, da hier die Wechsel nicht als solche, sondern als einfache Mittel eines urkundlichen Beweises erscheinen, ihre dießseitige Gültigkeit auch nicht nach den Wechsel-, sondern nach den gemeinen Landesgesetzen zu beurtheilen sey; so, daß wenn sie diesen nicht genüge leisten, sie selbst dann nicht in Betracht gezogen werden dürfen, wenn sie als Wechsel im Sinne des Wechselgesetzbuches vollkommen gültig wären. Auch erkannte das Appellations-Wechselgericht am 13. October 1842 Nr. 932 in Bezug auf einen vor dem Gerichte einer k. Freystadt in Verhandlung genommenen Wechsel, daß diese Behörde über die eigentlichen Wechselrechtsfragen nicht zu entscheiden habe; namentlich inwiefern es sich um eine Beschlagnahme der Güter des Geklagten, selbst vor Verfallzeit des Wechsels, handle, zu der nicht einmahl die Wechselgerichte ermächtigt sind.

Keiner Frage dagegen wurde das Recht unterzogen, sich für die gesetzlich an die Competenz der Wechselgerichte gewiesenen Fälle, contractmäßig einen anderen Richter zu bestimmen. Von mehreren Beyspielen mögen hier einige einen Platz finden.

Aus einem, zur Zeit, als bereits die Bestimmungen der Creditsgesetzgebung von 1840 ins Leben getreten waren, geschlossenen Lieferungsvertrage, in welchem die einerseitigen Contrahenten für den Fall etwa sich ergebender Nichteinhaltung der übernommenen Verpflichtungen, sich mit allem ihren, wie immer Namen habenden beweglichen und unbeweglichen Vermögen der in 183⁷/₆:20 festgestellten mündlichen und summarischen Procedur vor jedem, nach Gutdünken zu wählenden gesetzmäßigen Richter (szabad tetszés szerint választandó akármelly törvényes biró elött) unterwar-

sen, — entsteht eine Streitsache. Der andere Contrahent als Kläger macht, gestützt auf diesen Vertrag seine Forderung vor dem Eperjeser W. G. e. J., als dem für Lieferungssachen gesetzlichen Richter, anhängig, welches auch unter 2. August 1841 Nr. 191 die Geklagten verurtheilt. Doch wird dieses Erkenntniß vom Appellations-Wechselgerichte am 19. August Nr. 313 abgeändert, das Eperjeser Wechselgericht für nicht competent erklärt, und der Kläger mit seinen Forderungen an den vertragsmäßig bestimmten Richter gewiesen. Motiv. Obgleich diese, aus einem Lieferungsvertrage entstandene, Streitigkeit ihrer Natur nach dem Wirkungskreise der Wechselgerichte angehört: so stehe es doch unzweifelhaft den Parteyen frey, sich vertragsmäßig auch einem anderen gesetzmäßigen Richter zu unterwerfen. Deßhalb kann auch in dem vorliegenden Falle das Wechselgericht um so weniger für competent erkannt werden, je gewisser es ist, daß die Parteyen durch diese ausdrückliche Feststellung des gemeinrechtlichen Gerichtsverfahrens ihr Vorhaben dahin bestimmten, in den aus dem gegenwärtigen Vertrage sich etwa ergebenden Streitigkeiten sich der damahls schon bestehenden wechselgerichtlichen Strenge nicht unterwerfen zu wollen. — Das Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichts wurde am 29. September Nr. 12 vom Septemvirate bestätigt.

Auf dem Grunde: **contractus legem facit contrahentibus** bestätigt auch das Appellations-Wechselgericht am 30. September 1841 Nr. 387 das sich durch Beschluß vom 23. September Nr. 271 bey vertragsmäßiger Bestimmung eines andern Richters für incompetent erkennende Arader W. G. e. J. Eben so wurde bey der Forderung eines Pesther Kaufmanns an den Commissionär der **Triester Riunione Adriatica di sicurtà**, welche ersterer vor die ungarischen Wechselgerichte ziehen wollte, derselbe sowohl vom Pesther Wechselgerichte erster Instanz am 6. Juny Nr. 3569, als auch vom Appellations-Wechselgerichte am 27. Juny 1842 Nr. 465 aus dem Grunde abgewiesen, weil im §. 11 des Grundcontractes dieser Assecuranzgesellschaft für den Fall sich etwa ergebender Streitigkeiten, zu deren Ausgleichung die Vermittlung eines Compromissionalgerichts ausdrücklich festgesetzt wird. Und als dieser Proceß mittelst des **beneficium novi** erneuert wurde, erfolgte sowohl von dem Pesther Wechselgericht erster Instanz am 11. July 1842 Nr. 4684; als

auch vom Appellations-Wechselgerichte am 22. August, Nr. 679 aus demselben Motive eine abermahlige Bestätigung des vorigen Erkenntnisses.

Es versteht sich natürlich von selbst, daß dieß bey Fällen, wo viele Theilnehmer, namentlich solche im Geschäfte vorkommen, die durch einen derley Vertrag nicht gebunden sind, nicht angewendet werden könne, nam res inter alios acta alios non obligat. Weßhalb auch bey Wechselstreitigkeiten, besonders bey solchen, die aus weit verzweigten Geschäften entstehen, wohl schwer sich ein solcher Fall ereignen dürfte.

Was die Art und Weise betrifft, wie die ungarischen Wechselgerichte die Raum- und Zeitbestimmungen ihrer Competenz auffaßten: so mögen darüber folgende Beyspiele Erläuterung geben.

Ein Kaufmann, seinem Wohn- und Geschäftsorte nach, dem Ödenburger Wechselgerichte erst. Inst. unterstehend, will seine Firma beym Pesther inprotocolliren lassen, wird aber unterm 17. May 1841, Nr. 596 ab-, und an das Ödenburger gewiesen. Bestätigt vom Appellations-Wechselgerichte am 7. Juny 1841. Motiv. Wenn gleich 1840: 16 §. 21 bloß im Allgemeinen verfügt, daß die Kaufleute sich bey irgend einem (valamelly) Wechselgerichte oder bey der betreffenden Behörde sollen inprotocolliren lassen, so folgt doch hieraus keineswegs, daß jedem einzelnen Kaufmanne zwischen den Wechselgerichten die Wahl frey stehe; denn der, umständliche Bestimmungen über die wechselgerichtliche Inprotocollirung enthaltende §. 27 des II. Thls. des W. C. spricht ausdrücklich von dem betreffenden (illetö) Wechselgerichte.

Das Ödenburger Wechselgericht e. J. sprach sich am 8. April 1841, Nr. 60, in dem eine Wechselstreitigkeit betreffenden Bescheide dahin aus, daß auch vor dem 1. Jänner 1841 ausgestellte, unter die Bestimmungen des ungarischen Wechselcodex fallende Wechsel, als zur Competenz der ungarischen Wechselgerichte gehörend betrachtet werden müssen, und nimmt als Grund an, daß §. 18 des II. Thls. des W. C. die Wechsel im Allgemeinen, ohne einen Unterschied zu machen, ob sie vor oder nach Einsetzung der Wechselgerichte ausgegeben wurden, dieser Competenz zuweist. Das Appellations-Wechselgericht Nr. 84 am 19. April 1841 beseitigt (elmellözi) die-

sen Grund, und setzt mit Bezug auf den besonderen Fall an dessen Stelle, daß, da die Verfallzeit des in Frage stehenden Wechsels der letzte December 1840 war, man daraus entstandene Streitigkeiten im Jahre 1841 nur vor ungarischen Wechselgerichten anhängig machen konnte; somit aus diesem Grunde das betreffende Wechselgericht e. J. competent sey.

Ein, am 2. April 1840 ausgestellter Wechsel wird vor das Oedenburger Wechselgericht e. J. gebracht, aber unterm 7. Juny 1841, Nr. 126 abgewiesen. Bestätigt vom Appellations-Wechselgerichte am 17. Juny 1841, Nr. 201. Motiv. Da der Wechsel vor der am 13. May 1840 geschehenen Publication des ungarischen Wechsel-Gesetzbuches ausgestellt wurde, gehört, insofern das Gesetz keine rückwirkende Kraft haben kann, die Entscheidung der sich aus ihm ergebenden Streitigkeiten nicht unter die Gerichtsbarkeit der ungarischen Wechselgerichte.

Vor das Pesther Wechselgericht e. J. wird ein Vertrag gebracht, der wohl nach den Gesetzen von 1840 vor die Competenz der Wechselgerichte gehört; inwiefern er aber noch vor dem 1840 eingeführten Wechselrechts- und Verfahrenssystem geschlossen wurde, die darin begründete Forderung des Klägers am 5. August 1841, Nr. 1421 abgewiesen wird. Bestätigt vom Appellations-Wechselgerichte am 30. August, Nr. 344. Motiv. Da man die contrahirenden Parteyen nicht zu einem strengeren gerichtlichen Verfahren verhalten kann, als bey den zur Zeit der Contractsabschließung bestehenden Gerichten vorkam, ohne den später publicirten Wechsel- und Creditsgesetzen eine rückwirkende Kraft beyzulegen, muß auch der Kläger bezüglich seiner im Vertrage begründeten Forderung an sein zur Zeit, an dem dieser abgeschlossen wurde, competentes Gericht gewiesen werden.

Über einen, am 18. Juny 1840 geschlossenen, und auf Ende Februar 1841 lautenden Lieferungsvertrag wird vom Eperjeser Wechselgericht e. J. am 18. October 1841, Nr. 312 und 316 im Sinne der neuen ungarischen Credits-Gesetzgebung entschieden. Bestätigt vom Appellations-Wechselgerichte am 4. Nov., Nr. 512 und 513. Motiv. Da die Creditsgesetze seit ihrer Promulgation, d. h. 13. May 1840, bindende Kraft haben, der fragliche Lieferungscontract auch auf Ende Februar 1841 lautet, also auf eine Zeit, als

die Wechselgerichte im Lande bereits wirkten, wurde die vorliegende Lieferungsforderung vor dem Eperjeser Wechselgerichte gehörig anhängig gemacht.

Ein noch während ungeschmälerter Geltung des 1792:17 ausgestellter und acceptirter Wechsel, dessen Verfallzeit aber nach der Publication des ungarischen Wechsel-Gesetzbuches ablief, wird vor das Pesther Wechselgericht e. J. gebracht, und von demselben seine Competenz für die im fraglichen Wechsel begründete Forderung am 27. Dec. 1841, Nr. 4225 ausgesprochen. Das Appellations-Wechselgericht verändert am 13. Jänner 1842, Nr. 11 diesen Bescheid, und weist den Kläger an seinen durch 1792:17 bestimmten Richter. Motiv. Inwiefern dem Gesetze keine rückwirkende Kraft zustehe; somit über die Erfordernisse des fraglichen Wechsels und die Wechselfähigkeit des ungarischen Einwohners nach den Verfügungen später erlassener Gesetze nicht geurtheilt werden kann; kann hier auch die Gerichtsbarkeit nicht den, in Folge dieser neuen Gesetze errichteten Wechselgerichten zuerkannt werden, welche an die strengen Verfügungen der Gesetze von 1840 gebunden sind, da dieß mit dem Rechtsgrundsatze, daß jeder sein Recht so empfange, wie er sich verpflichtete, nicht im Einklange stehen würde. — Das Erkenntniß des Pesther Wechselgerichts erster Instanz wird aber vom Septemvirate am 11. März 1842, Nr. 38 bestätigt, und hiermit das Princip anerkannt, daß bey Wechselstreitigkeiten in Ungarn die ungarischen Wechselgerichte stets competent sind; mögen die sie veranlassenden Wechsel wann immer ausgestellt seyn, und ihre Verfallzeit wann immer ablaufen, so lange diese nur nicht verjähren.

In einer Lieferungsstreitigkeit wird dem Kläger von dem Geklagten entgegengesetzt, daß, da contractmäßig der Judicatus des niederösterreichischen Landrechts festgesetzt worden ist; im gegenwärtigen Falle die ungarischen Wechselgerichte nicht als competent betrachtet werden können. Auch wird der Kläger von der ersten Instanz am 26. October 1841, Nr. 2794 abgewiesen. Aber das Appellations-Wechselgericht veränderte am 22. November, Nr. 544 dieses Urtheil, und erkannte, daß, da der Geklagte sich bloß zur Erleichterung und zu Gunsten des Klägers dem niederösterreichischen Landrechte unterworfen, und für sich dem Processiren vor den vaterländischen Gerichtsbehörden entsagt habe, es bey diesem stand,

sich einer solchen Begünstigung auch nicht zu bedienen, und ihm die Erleichterung des Verfahrens in Ungarn wieder zu gewähren (az itteni perlekedés könnyebbségét vissza adhatta), weßhalb das ungarische Wechselgericht e. J. competent sey.

Das Erkenntniß, wodurch sich das ungarische W. G. e. J. in einer Lieferungsstreitigkeit auf dem Grunde, daß ein anderer Richter vertragsmäßig bestimmt worden sey, für nicht competent erklärt hatte, wird vom Appellations-Wechselgerichte am 21. März 1842, Nr. 147 abgeändert, und die Acten an das Wechselgericht e. J. zur weiteren meritorischen Verhandlung und Entscheidung zurückgeschickt. Motiv. Die Einrede, daß der fragliche Lieferungsvertrag vor Publication der Wechsel- und Credits-Gesetze aufgerichtet worden sey, ist grundlos; — und eben so auch die, daß die Contrahenten sich im 6. Puncte des Vertrages der Gerichtsbarkeit des niederösterreichischen Wiener Gerichtes unterworfen haben; somit der vorliegende Fall nicht unter die Competenz des sonst gesetzlichen vaterländischen Gerichts gehöre. Vielmehr ist dieser Punct des Vertrages bloß einseitig zu Gunsten des Klägers festgestellt, von dem also abzustehen, und seine Klage beym ungarischen Gerichte anhängig zu machen ihm um so mehr freystehe, da dieß auch die Creditsgesetze nicht verbiethen. — Der Bescheid des Appellations-Wechselgerichtes wird vom k. Septemvirate am 27. May 1842, Nr. $\frac{377}{54}$ bestätigt.

In einer Lieferungsstreitigkeit zwischen der Nagy-Surányer Dampfmühlen-Actiengesellschaft und zwey Kaufleuten zu Fr., wird unter 15. July 1841, Nr. 234 ein vom Pesther W. G. e. J. am 21. Juny, Nr. 889 gefälltes Erkenntniß dahin abgeändert, daß, obgleich weder im 15. noch im 18. Artikel 1840 bestimmt wird, vor welches Wechselgericht Streitigkeiten aus Lieferungsgeschäften gebracht werden müssen, sondern diese, §. 18 des II. Thls. des W. C., bloß im Allgemeinen dem Wirkungskreise der Wechselgerichte zugewiesen werden, so müsse doch hier auf Grund der Analogie der Wechselstreitigkeiten, da im Vertrage Komorn als Ablieferungsort bestimmt wurde, diese Stadt auch als Zahlungsort betrachtet, somit im Sinne des §. 20 des II. Thls. des W. C. die Competenz des Pesther W. G. e. J. anerkannt werden.

Als, hierauf gestützt, das Pesther W. G. e. J. am 21. Nov. 1842, Nr. 7731 in einer Lieferungsstreitigkeit, wo als Abliefe-

rungsort Wieselburg festgesetzt war, den Kläger von seiner gegen einen Wieselburger Handelsmann gerichteten Klage abwies, wurde dieses Princip durch Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichtes am 29. December, Nr. 1304 abermahls ausdrücklich anerkannt: — inwiefern jedoch, in dem betreffenden Processe, jener Wieselburger Handelsmann bloß ein Nebenschuldner war, der Hauptschuldner aber in Szegedin wohnte, wurde für denselben die Competenz des Pesther W. G. e. J. ausgesprochen.

In einer Wechselstreitigkeit, bey welcher die Forderung auf einem Pesther Hause intabulirt ist, sich aber in der Klagschrift nicht hierauf berufen wird, und die aus anderen obwaltenden Rücksichten vom Pesther W. G. e. J. am 19. April 1841, Nr. 438 abgewiesen wurde, wird vom Appellations-Wechselgerichte am 26. April, Nr. 88 im Sinne des §. 22 des **II.** Thls. des W. C. die Competenz jenes Gerichtes anerkannt. Motiv. Obgleich sich in der Klagschrift auf die Intabulation nicht berufen wird; so ist dieselbe doch auf dem der Klagschrift beygefügten Wechsel aufgezeichnet, so daß dieß zur Anerkennung der Competenz des Wechselgerichtes im Sinne des Gesetzes als genügend erscheint.

A. Wirksamkeit der ungarischen Wechselgerichte außer Streitsachen.

Die Bestimmungen, welche das dritte, vierte und fünfte Kapitel des **II.** Thls. des ungarischen Wechselcodex über den Wirkungskreis der ungarischen Wechselgerichte außer Streitsachen enthalten, sind so klar und deutlich, daß man wohl voraussehen konnte, es werden sich bey ihrer Anwendung nur wenige Zweifel von Bedeutung ergeben. Die vorgekommenen, welche zu einem Einschreiten der höheren Wechsel-Gerichtsbehörden Veranlassung geben, betreffen auch fast nur die Inprotocollirung der Kaufmannsfirmen und Gesellschaftsverträge, so wie der Allatur von Kaufmannsgattinnen. Wir lassen die vorzüglichen hier folgen.

Ein Kaufmann, eingekommen bey dem Wechselgerichte e. J. als Obercommissionär der **Riunione Adriatica di Sicurtà** für Ober-Ungarn inprotocollirt zu werden, wird unterm 2. December 1841, Nr. 413 daselbst abgewiesen. Bestätigt vom Appellations-Wechselgerichte am 20. December 1841, Nr. 606. Motiv.

Er habe als Commissionär der **Riunione Adriatica di Sicurtà** weder selbst, noch von Seite der ihn beauftragenden Assecuranzgesellschaft den Verfügungen der §§. 37 und 40 des **II.** Theils des W. G. genüge geleistet.

Drey Geschäftsmänner, von denen einer in Wien ansäßig ist, waren beym Wechselgerichte e. J. eingekommen, die Inprotocollirung ihres Gesellschaftsvertrags und ihrer Firma vorzunehmen, wurden aber abgewiesen. Das Appellations-Wechselgericht änderte am 19. December 1842 sub Nr. 1297 dieses Erkenntniß ab, und verordnete, daß das in Wien wohnhafte Gesellschaftsmitglied mittelst der dortigen, zu diesem Zwecke zu ersuchenden Behörde über den Vertrag und die Richtigkeit seiner Unterschrift einzuvernehmen, und wenn diese richtig befunden werden, die nachgesuchte Inprotocollirung vorzunehmen sey. Motiv. In §. 37 des **II.** Thls. des W. C. wird bestimmt, daß, wenn einer der Contrahenten wegen größerer Entfernung seines Wohnortes persönlich nicht erscheinen könnte, das Wechselgericht die betreffende Behörde des Nichterscheinenden ersuchen solle, daß sie demselben in amtlicher Form den Vertrag und die Unterschrift mittheile, und beydes auf authentische Weise bestätige. Wie nun hierbey das Ausland nicht ausgenommen ist (a' külföldet sem véve ki), — so stehe ein solches Verfahren mit den Bestimmungen des 3. Capitels **II.** Thls. des W. C. im vollsten Einklange.

Vier Fälle ergaben sich, bey deren Entscheidung eine erläuternde nähere Bestimmung des von der Inprotocollirung der Allatur von Kaufmannsgattinnen handelnden §. 9 des 1840 : 16 durch Erkenntnisse des Appellations-Wechselgerichtes veranlaßt wurde. **A)** Einem Großhändler in P., welcher am 1. März 1841 als solcher beym Wechselgerichte e. J. inprotocollirt, erst den Tag darauf, d. h. am 2. März die Allatur seiner Gattin zur Inprotocollirung einreichte, dem aber das Wechselgericht, weil diese Einreichung nicht mit dem Nachsuchen um die Inprotocollirung verbunden worden war, dieß verweigerte, gestattet das Appellations-Wechselgericht diese Inprotocollirung am 18. März, Nr. 63. Motiv. Weil der Act wegen Kürze der dazwischen liegenden Zeit und anderen obwaltenden Umständen als continuirlich betrachtet werden kann. — **B)** Die Bescheide des Pesther Wechselgerichts e. J.

vom 8. April 1841, Nr. 388, wodurch ein Kaufmann in P.,— so wie C) des Oedenburger W. G. e. J. vom 29. May 1841, Nr. 113, wodurch ein Kaufmann in Sz., welche nach Inprotocollirung ihrer Firma, und zwar erster nach zweymahl 24 Stunden, die Allatur ihrer Gattinnen einreichten, und von der nachgesuchten Inprotocollirung abgewiesen werden, — werden auch vom Appellations-Wechselgerichte am 16. April, Nr. 76, und am 9. Juny, Nr. 196, deßhalb bestätigt, weil die Acte wegen der längeren dazwischen liegenden Zeit nicht als continuirlich genommen werden können; — D) dagegen wird einem anderen Kaufmanne, der gleich den Tag nach seiner Inprotocollirung die Allatur seiner Gattin eingab, den aber das Wechselgericht e. J. abwies, deren Protocollirung vom Appellations-Wechselgerichte am 24. November 1842, Nr. 1188 gestattet. Motiv, wie ad a.

Es handelte sich um Gründung einer Tuchfabrik im Turoczer Comitate mittelst einer Actiengesellschaft, und die Unternehmer unterbreiten dem Pesther Wechselgerichte e. J. den Plan, werden jedoch 1841, sub Nr. 652 zur Ergänzung mehrerer Mängel abgewiesen. Der an das Appellations-Wechselgericht ergriffene Recurs ermittelt ihnen auch hier keinen günstigeren Bescheid, und da die projectirte Actiengesellschaft keine reine Handelsgesellschaft ist, werden sie am 7. Juny 1841, Nr. 192 angewiesen, im Sinne des §. 55, 1840 : 18 den Plan erst der hohen Statthalterey vorzulegen.

Auf den Recurs eines Großhändlers — das Wechselgericht e. J. habe für Paraphirung seiner Handelsbücher übermäßige Taxen bestimmt — entscheidet das Appellations-Wechselgericht unter 18. März 1841, Nr. 64, daß, inwiefern, besonders in Rechnungsbüchern, zwey Seiten mit einer Zahl bezeichnet zu werden pflegen, und auch für eine Person bestimmt sind, da §. 106 sub c des II. Theils des W. C. bestimmt, daß jeder Person, mit welcher der Kaufmann in Verrechnung steht, im Contobuche ihre eigene Seite (Számviteli lap) gegeben werde; — hier jede Seite in der angeführten Ausdehnung genommen werden könne; somit diesem gemäß auch die Taxe zu berechnen sey. Im Übrigen wird der Bescheid des Wechselgerichtes e. J. bestätigt.

Einen beym Wechselgerichte inprotocollirten Kaufmanne, dem die seidene Schnur seines paraphirten Handlungsbuches riß, und der

deßhalb dieses aufs Neue vom Wechselgerichte mußte paraphiren lassen, kommt um Erlaß der dafür zu entrichtenden Taxe von 14 fl. 16⅕ kr. C. M. ein; erhält aber sowohl beym Pesther Wechselgerichte erster Instanz am 21. April 1842 Nr. 1382, als auch beym Appellations-Wechselgerichte am 23. May Nr. 336 einen abschlägigen Bescheid. Motiv. Daß er selbst die Schuld am Reißen der seidenen Paraphirungsschnur trage; somit auch die nothwendigen Folgen hiervon tragen müsse. Auch dürfe man den hierdurch leicht einreißenden Mißbräuchen keinen Vorschub geben.

B. Wirksamkeit in Streitsachen.

Hier können schon zahlreichere Beyträge geliefert werden.

Im Jahre 1841 wurden mittelst Appellation und Recurses an das Appellations-Wechselgericht gebracht insgesammt 131 Processe, von denen 56 Wechsel-, 27 Lieferungs- und 23 Concursprocesse waren. Weiter an das Septemvirat gingen 20 Processe, und zwar 10 Wechsel-, 5 Lieferungs- und 5 Concursprocesse. Die übrigen wurden am Appellations-Wechselgerichte endlich entschieden. Von den Wechsel- und Lieferungsprocessen kamen:

Vom	Pesther	Wechselgerichte	erster	Instanz	39	Wechsel-	17	Lieferungsprocesse
„	Ödenburger	„	„	„	7	„	2	
„	Preßburger	„	„	„	2	„	—	
„	Debrecziner	„	„	„	6	„	—	
„	Eperjeser	„	„	„	1	„	3	
„	Arader	„	„	„	1	„	—	
„	Carlstädter	„	„	„	2	„	—	

Im Jahre 1842 kamen an das Appellations-Wechselgericht insgesammt 358 Processe, von denen 159 Wechsel-, 37 Lieferungs- und 102 Concursprocesse waren. Weiter an das Septemvirat gingen 90 Processe, unter denen 21 Wechsel-, 15 Lieferungs- und 33 Concursprocesse. Die übrigen 250 wurden beym Appellations-Wechselgerichte entschieden. Unter den Wechsel- und Lieferungsprocessen waren gekommen:

Vom Pesther	Wechselgerichte	erster	Instanz	121	Wechsel-	24	Lieferungsprocesse
„ Ödenburger	„	„	„	15	„	2	
„ Preßburger	„	„	„	9	„	—	
„ Debrecziner	„	„	„	3	„	3	
„ Eperjes	„	„	„	8	„	6	
„ Arader	„	„	„	3	„	2	
„ Carlstädter	„	„	„	—	„	—	

Man sieht hieraus schon im Allgemeinen, wie die Thätigkeit der Wechselgerichte in Streitsachen in den ersten zwey Jahren ihres Bestehens im Wachsen war. Wobey noch zu bemerken ist, daß von den, oben für das Jahr 1841 angeführten, 131 auf dem Appellationszuge vor die Obergerichte gebrachten Processen, nur 13 auf die erste; die übrigen insgesammt auf die zweyte Hälfte des Jahres kamen. Auch hat sich seither ihr Wirken in demselben Maße gesteigert; und wir glauben — so nicht alle Zeichen trügen — in sichere Aussicht gestellt, daß auch für die Zukunft eine wahrscheinlich noch größere Zunahme stattfinden werde.

Wie wir schon oben die Bestimmungen erklärten, welche das Gesetz über den Wirkungskreis der Wechselgerichte enthält: so müssen wir nun vorerst vom allgemeinen Standpuncte zu erkennen suchen, wie sie sich auf dem ihnen durch die Gesetze angewiesenen Terrain bewegten. Hierbey war ihre Aufgabe besonders die Gränzen fest im Auge zu halten, welche ihrem Wirken gestellt sind. Bey den Wechsel- und Concursstreitigkeiten war dieß wohl im Ganzen leichter, da die Bestimmungen, welche über das Wechselgeschäft und die Behandlungsweise der Concurse durch das Reichsgesetz von 1840 aufgestellt wurden, sowohl ihrem materiellen Inhalte, als ihrer formellen Haltung nach die Praxis scharf genug erfassen, und mit hinlänglicher Klarheit und Deutlichkeit abgefaßt sind. Schwieriger dagegen war das Einschreiten bey Lieferungsstreitigkeiten, da das Gesetz, welches den contrahirenden Parteyen nicht scheint vorgreifen zu wollen, überdieses Geschäft nur wenige Verfügungen enthält. Und dasselbe gilt auch von anderen Streitigkeiten, welche den Wechselgerichten zugewiesen sind. Auch werden über die vorkommenden Nebenfragen nähere Bestimmungen vermißt. Einige Beyspiele mögen das dieserseitige Verhalten der Wechselgerichte darthun.

In einer dem Wirkungskreise der Wechselgerichte angehörigen

Streitigkeit wird dem Kläger vom Pesther Wechselgerichte erster Instanz am 11. November 1841 Nr. 3060 gegen den Geklagten die Execution zur Befriedigung zuerkannt, und bey dieser Gelegenheit von letzteren an jenen auf seine eigene Bezeichnung eine Forderung gegen einen Dritten abgetreten, die den Wechselgerichten nicht unterstand. Da es jedoch bey dieser ebenfalls zur Streitigkeit kam, will der Kläger auch sie, als eine Nebenfrage auf wechselgerichtlichem Wege geltend machen; und erlangt auch vom Wechselgerichte erster Instanz unter 7. Jänner 1842 Nr. 8 ein den secundären Schuldner vorladendes, und unter 13. Jänner Nr. 166 ein denselben zur Zahlung verhaltendes Erkenntniß. Auf Appellation des Unterliegenden wird der Kläger aber vom Appellations-Wechselgerichte am 31. Jänner Nr. 72 ab- und an jenen Richter gewiesen, vor den die fragliche Forderung ihrer Natur nach gehört. Motiv. Das wechselgerichtliche Verfahren war mit der Execution zur Befriedigung beendet, und kein Grund ist vorhanden, dasselbe auch auf die andere ganz fremdartige Streitigkeit auszudehnen, deren Richter durch den Gegenstand bestimmt wird. — Das Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichtes, wird am 30. März 1842 Nr. 44 vom Septemvirate bestätigt.

Bey Vollstreckung eines, vom Pesther Wechselgerichte erster Instanz gefällten Urtheils ergibt sich die Frage, ob auch über die damit in Zusammenhang stehende Schadloshaltung vom Wechselgerichte verfügt werden solle. Das Pesther Wechselgericht erster Instanz am 26. November 1841 Nr. 3509, und das Appellations-Wechselgericht am 16. December Nr. 592 sprechen sich beyde dafür aus. Motiv. Weil die Schadloshaltungsfrage als Accessorium der dem Wechselgerichte unterstehenden Streitigkeit betrachtet werden muß.

Es kamen aber außerdem noch mehrere andere hier ebenfalls zu berücksichtigende Fälle vor; die jedoch ihrem wesentlichen Inhalte nach, theils bereits angeführt wurden, wo wir von der Art und Weise sprachen, in der die Wechselgerichte die Raum und Zeitbestimmungen ihrer Competenz auffaßten; theils bey anderen Gelegenheiten, z. B. in der dritten Abtheilung, wo wir die Lieferungsprocesse betrachten werden, noch namhaft gemacht werden sollen.

Was nun das Verfahren selbst betrifft, welches den Wechselgerichten in Streitsachen vorgeschrieben ist: so sind diesem die im

sechsten und siebenten Capitel des zweyten Theils des Wechselcodex enthaltenen Bestimmungen zum Grunde gelegt. Der Form und dem Inhalte nach von den bisherigen Erkenntnißquellen des ungarischen Rechts über das Einschreiten der Justizbehörden abweichend; hat auch das Inslebensetzen dieser einige Besonderheiten hervorgebracht, auf welche sich mehrere Erkenntnisse der Wechselobergerichte beziehen.

Ein wichtiger Punct war gleich die nach dem §. 61 des II. Thl. des Wechselcodex zu entscheidende Frage: in welchen Fällen sich die Wechselgerichte des summarischen, in welchen des ordentlichen Verfahrens zu bedienen haben?

Da das Gesetz das summarische Verfahren in Wechselprocessen bloß im Allgemeinen dem Kläger zuspricht, welcher bereits bewegliche Sachen des Geklagten als Pfand inne hat, diese anführt, und seine summarische Klage nicht über dieselben ausdehnt: so ergaben sich zwey Fälle, in denen eine nähere gerichtliche Bestimmung hiervon nothwendig erschien. Einmahl nahm der Kläger das summarische Verfahren in einem Wechselprocesse auf Grund des §. 148 des I. Thl. des Wechselcodex in Anspruch, welcher dem Wechselgläubiger, auf die ihm zur Sicherstellung hinterlegten, oder in gerichtliche Verwahrung genommenen Sachen seines Schuldners das wechselgerichtliche Pfand zuspricht. Das andere Mahl, ebenfalls in einem Wechselprocesse, wurde als Grund angeführt, daß im Sinne der §§. 198 und 200 des I. Thl. dem Wechselgläubiger auf die mit gerichtlicher Beschlagnahme belegten beweglichen Sachen des Schuldners ein Wechselpfandrecht zustehe; und dieß wurde hier zwar auch bezüglich jener behauptet, welche bey der Execution nach vollkommener Befriedigung einer Forderung übrig bleiben, so daß, da auch diese auf eine gesetzlich nicht verbothene Weise dem Wechselgläubiger zu Handen kommen, ihm somit auf sie ein Retentionsrecht im Sinne des angezogenen §. 198, also auch Wechselpfandrechte zukommen; er auch bey gerichtlicher Geltendmachung einer anderen Wechselforderung sie in die Klagschrift aufnehmen und dadurch ein summarisches Wechselverfahren begründen könne. Bey beyden Fällen wurde auch §. 4 des 1840:22 angeführt, wonach selbst bey einem gegen den Schuldner ausgebrochenen Concurse ein solches Pfandrecht unbe-

rührt bleibe; so wie ferner namentlich bezüglich des zweyten Falles, daß die zu ergreifende summarische Procedur nicht als ein neuer Proceß, sondern als bloße Fortsetzung des früheren gerichtlichen Einschreitens zu betrachten ist, in Folge dessen jene beweglichen Sachen noch vor Eröffnung des Concurses gegen den Geklagten in gerichtliche Verwahrung genommen wurden. Man sieht, daß Alles auf Erklärung der im Kapitel 11 des I. Th. des W. C. bestimmten Wechselpfandrechte, und deren Inverbindungsetzung mit §. 61 des II. Thl. ankam.

Vom Pesther W. G. e. J. wurde mittelst der Erkenntnisse vom 18. October, Nr. 2680 und 8. November 1841, Nr. 3036 das summarische Wechselverfahren für keinen der beyden Fälle zuerkannt. Dagegen erklärte sie das Appellations-Wechselgericht unterm 8. und 25. November 1841, Nr. 529 und 549 für die summarische Procedur geeignet. Aber beym Septemvirate wurden am 7. und 10. Jänner 1842, Nr. 24 und 28 die Bescheide des Wechselgerichtes erster Instanz bestätigt. Motive des Septemvirats. 1) Das durch gerichtliche Beschlagnahme begründete Pfandrecht erstreckt sich nur auf den Betrag der Forderung, für welche das gerichtliche Erkenntniß gefällt wurde, und deren Accessorien. 2) Das Retentionsrecht kann im Sinne des §. 198 des I. Th. des W. C. nur von solchem Gelde oder anderen Sachen des Schuldners verstanden werden, welche dem Wechselgläubiger gesetzlich auf nicht verbothene Weise zu Handen kommen; — weßhalb auch 3) die angezogenen gesetzlichen Bestimmungen im fraglichen Falle auf jenen Überschuß, welcher von den in der Klagschrift angeführten beweglichen Sachen, über die dadurch gedeckte Summe etwa noch zurückbleibt, nicht nur nicht anwendbar sind, vielmehr dieser Überschuß vermöge §. 193 des I. Thl. des W. C. in die Concursmasse des Geklagten abgeliefert werden muß.

Aber auch bezüglich des vom vorliegenden §. 61 unter 2) geforderten vollständigen, gleich mit der Klagschrift zu leistenden Beweises des dem Kläger zustehenden Rechtes ergab sich in einem vor dem Pesther W. G. e. J. anhängig gemachten Wechselprocesse die Frage: Da hier zur summarischen Procedur gefordert wird, daß die echte Unterschrift des Klägers entweder durch die auf dem Wechsel selbst enthaltene gerichtliche Legalisirung, oder durch die bey dem

Wechselgerichte protocollirte Firma außer allen Zweifel gesetzt werde; — ob es wohl zur gerichtlichen Verurtheilung des Wechselschuldners genüge, daß seine Unterschrift durch das **legale testimonium** *) legalisirt und dadurch im Sinne des §. 14 des I. Th. des W. C. sub h, rechtskräftig ist? — oder ob unumgänglich die gerichtliche Legalisirung, und zwar die des Wechselgerichts gefordert wird? — Das Pesther W. G. e. J. erkannte am 14. November 1842, Nr. 8488 eine bloße Legalisirung des **testimonium legale** zur Begründung der summarischen Procedur für nicht genügend; aber dieses Erkenntniß wurde beym Appellations-Wechselgerichte am 5. December Nr. 1230 dahin abgeändert, daß, da die Legalisirung des **testimonium legale** die Echtheit der Unterschrift außer allen Zweifel setze, sie auch vollkommen hinreichend sey, um auf Grund eines so legalisirten Wechsels sich der summarischen Procedur vor dem Wechselgerichte zu bedienen.

Einige wichtige, das Verfahren selbst betreffende Entscheidungen lassen wir folgen.

Daß der Kläger auch vor den ungarischen Wechselgerichten eine formale und mit den gesetzlichen Erfordernissen versehene Klagschrift einzureichen habe, erkannte das Appellations-Wechselgericht, als es am 21. April 1842, Nr. 268, einen vom Wechselgerichte e. J. erlassenen, Bescheid abändernd sich dahin aussprach, daß, da die gegen das Einschreiten des exequirenden Richters eingereichte Klage als keine formale Klagschrift betrachtet werden könne: auch jedes in Folge ihrer eingeleitete fernere gerichtliche Verfahren unstatthaft sey.

§. 80 des II. Th. des W. C. verfügt, daß der Kläger bey dem ordentlichen Verfahren vor Wechselgerichten alle Beweismittel für seine Forderung gleich mit der Klage selbst vorlegen müsse. Aus §. 61 daselbst ersieht man, daß diese Bestimmung bey dem summarischen Verfahren jedenfalls noch strenger eingehalten werden müsse. Übrigens erkannte das Appellations-Wechselgericht am 22. November 1841, Nr. 544 in einem Lieferungsprocesse, daß jene Verfü-

*) Unter dieser Benennung versteht man in Ungarn die im Sinne der dortigen Gerichtsverfassung als glaubwürdiges Zeugniß wirkenden Stuhlrichter sammt seinen Stuhlgeschwornen.

gung des §. 80 sich nur auf den Beweis der in der Klagschrift enthaltenen Forderung bezieht, daß somit beym ordentlichen Verfahren, so lange dieß dauert, über Thatsachen, die einen factischen Bestand haben, und nicht zu läugnen sind, auch nachträglich Beweismittel vorgelegt werden können; und das mehrumfassende Urtheil, in welchem dieses Erkenntniß mit enthalten ist, wurde beym Septemvirate am 10. Jänner 1842, Nr. 27 bestätigt. Dagegen wurde in einem Lieferungsprocesse vor dem Oedenburger W. G. e. J. der Kläger, welcher jene Urkunde, auf die er seine Forderung begründete, nicht zugleich mit der Klagschrift im Originale eingereicht hatte, am 24. November 1842, Nr. 679 abgewiesen, und dieß Erkenntniß vom Appellationswechselgerichte am 9. December, Nr. 1251 um so mehr bestätigt, da er in der Klagschrift diese ihm durch §. 80 des II. Th. des W. C. auferlegte Verpflichtung anerkannt, auch bey der in dieser Hinsicht vom Geklagten gemachten Einwendung, davon auf Analogie des §. 86 nicht enthoben werden kann.

Die in den §§. 64 und 79 des II. Th. des W. C. enthaltene Bestimmung, daß das Wechselgericht vor Allem zu untersuchen habe, ob die ihm vorgelegte Klage nicht seine Competenz überschreite, in welchem Falle es dem Kläger in einem mit Beweggründen unterstützten Bescheide bedeuten solle, daß dieselbe nicht seinem Erkenntnisse unterliege; — ferner, daß wenn aus den Thatsachen der Klagschrift im ordentlichen Wechselprocesse die Incompetenz des Wechselgerichts offenbar wird, dasselbe die Parteyen an den gehörigen Richter zu weisen habe: mußte um so strenger gehalten werden, da §. 25 daselbst ausdrücklich verfügt, daß in Processen, die im Wechselcodex nicht erwähnt sind, die Wechselgerichte selbst dann nicht urtheilen können, wenn die Parteyen sich ihrem Spruche unterwerfen. Als daher das Eperjeser W. G. e. J. am 2. August 1841, Nr. 191 in einem Lieferungsprocesse, in welchem ein vertragsmäßiger Richter durch Übereinkunft der Parteyen bestimmt war, das wechselgerichtliche Verfahren einleitete; — als das Carlstädter W. G. e. J. am 15. November 1841 Nr. 335 und 337 sich in zwey Wechselprocessen gegen einen Kläger für competent erklärte, der den in Frage stehenden Wechsel nicht acceptirt hatte; als das Eperjeser W. G. e. J. unterm 24. Februar 1842 Nr. 130 auf Grund des von einem Wechselunfähigen ausgestellten Wechsels

ein meritorisches Erkenntniß fällte; — wurden diese Erkenntnisse vom Appellations-Wechselgerichte, und zwar das zuerst genannte am 19. August 1841 Nr. 313; die am zweyten Platze stehenden am 16. December 1841 Nr. 590 und 591; das dritte am 10. März 1842 Nr. 126 abgeändert, und die Kläger an ihren competenten Richter gewiesen. Das erstgenannte Erkenntniß des Appellations-Wechselgerichtes wurde am 29. September 1841 Nr. 10 auch vom Septemvirate bestätigt.

Veranlassung zu mehreren näheren gerichtlichen Erläuterungen gab auch §. 90 des II. Th. W. C., welcher in den vor Wechselgerichten anhängigen Processen nebst den wechselseitigen Reden für gewisse Fälle, aber nur ausnahmsweise, zur Beybringung neuer Beweise, die nicht sogleich vorgebracht werden konnten, den Partheyen eine fernere Verhandlung oder Erstreckung der Tagsatzung gestattet. Das Verfahren der Wechselgerichte hierbey mag in einigen Beyspielen anschaulich gemacht werden. Bezüglich zweyer Wechselstreitigkeiten, entschieden vom Pesther W. G. e. J. am 5. August 1841 Nr. 1411, und vom Eperjeser W. G. e. J. am 4. November 1841 Nr. 354, und beyde vor das Appellations-Wechselgericht gebracht, fällte dieses am 19. August und 13. December 1841 Nr. 318 und 584 die ganz gleichlautenden Erkenntnisse: Es sey den Geklagten der verweigerte, von ihnen angetragene Zeugenbeweis zu gestatten, um nachzuweisen, daß die den Streitigkeiten zu Grunde liegenden Wechsel zur Zeit der Acceptation ganz leer gewesen, und erst später von den Klägern selbst den Erfordernissen der Wechsel gemäß ausgefüllt worden seyen. — Eben so gestattete das Appellations-Wechselgericht am 14. Februar 1842 Nr. 79 die weitere Beweisführung in einem vom Preßburger W. G. e. J. am 27. Jänner Nr. 66 entschiedenen Wechselprocesse, in welchem der Curator des Geklagten die Echtheit seiner Unterschrift läugnete. — Auch ein Wechselproceß, entschieden vom Pesther W. G. e. J. am 28. Februar 1842 Nr. 914, in welchem der Geklagte in seiner Einrede die Stellung eines Zeugen und Ablegung des Ergänzungseides angetragen hatte, wurde zu diesem Behufe vom Appellations-Wechselgerichte am 21. May Nr. 147 zurückgeschickt, und dieses Erkenntniß vom Septemvirate am 27. May Nr. $^{347}/_{54}$ bestättigt. — In einem Wechselprocesse entschieden von Pesther W. G. e. J.

am 28. Juny 1842 Nr. 4276 und vor das Appellations-Wechselgericht gebracht, erkannte dieses am 18. July Nr. 579, daß dem Geklagten, der schon in der Einrede, obgleich nur erst nebenbey, die Echtheit der Unterschrift in der Acceptation geläugnet hatte, in seiner Schlußrede aber meritorisch (komolyan) hierauf einging und auch die Falschheit der vom Kläger zum Beweise der Echtheit der Unterschrift in der zweyten Rede vorgebrachten Urkunde behauptete und beweisen will, hierzu aber eine Fristerstreckung anspricht, eine solche Fristerstreckung gestattet werden müsse, da er sich ja zur Widerlegung der von ihm geläugneten Echtheit der vom Kläger erst in der zweyten Streitrede vorgebrachten Urkunde nicht im Voraus mit den nothwendigen Beweisen versehen konnte. — Auch in einer Lieferungsstreitigkeit verhandelt vor dem Pesther W. G. e. J. und daselbst entschieden am 24. October 1842 Nr. 7856, wird vom Appellations-Wechselgerichte am 7. November Nr. 1119 dem Kläger eine Fristerstreckung zum Beweise der Echtheit des dem Streite zu Grunde liegenden Vertrages zugestanden, da er in seiner zweiten Streitrede für den Fall, wenn der Geklagte die Echtheit der Unterschrift des Vertrages läugnen sollte, in dieser Hinsicht zur Beybringung des nothwendigen Beweises eine Fristerstreckung nachsuchte, und diese ihm um so mehr zugestanden werden muß, da nach §. 99 des II. Th. des W. C. den Partheyen gegen die in Zweifel gezogenen Unterschriften der Beweis für deren Echtheit aufrecht gehalten werden soll.

Dagegen, als in einer Lieferungsstreitigkeit, deren dieserartige Beschaffenheit durch die vorliegenden Acten außer Zweifel gestellt war, in der jedoch der Geklagte sich meritorisch nicht vertheidigt, sondern bloß gegen die Competenz des Wechselgerichts excipirt hatte, derselbe vom Eperjeser W. G. e. J. am 18. October 1841 Nr. 312 und 316 verurtheilt wurde, und hierauf den Proceß vor das Appellations-Wechselgericht brachte, wurde der Bescheid erster Instanz am 4. November Nr. 512 und 513 auch hier bestätigt; da der Geklagte nach §. 90 des II. Thl. des W. C. sich meritorisch zu vertheidigen verpflichtet gewesen wäre, und indem er dieß unterließ, seine Verurtheilung ganz ordnungsmäßig geschah. Auf ähnliche Weise wurde ein anderer Lieferungsproceß vom Pesther W. G. e. J. am 6. September 1842 Nr. 6239 entschieden, und diese Entscheidung

vom Appellations-Wechselgerichte am 27. September Nr. 877 bestätigt. — In einem Wechselprocesse aber, vor dem Preßburger W. G. e. J. sub Nr. 877 1842 entschieden, und vom Geklagten vor das Appellations-Wechselgericht gebracht, wurde dieser auch hier am 29. September Nr. 904 im Sinne des Bescheides der ersten Instanz sachfällig. Motiv. Die Angabe des Curators, daß der Geklagte in Geschäften auf den Pesther Jahrmarkt gereist, sowohl bey Gelegenheit der geschehenen Vorladung als auch nachher sich in Pesth aufhielt, somit auf guten Glauben und nicht um den Proceß zu vermeiden abwesend war, wird nicht erwiesen, und deßhalb kann eine Fristerstreckung um so weniger bewilligt werden, da er durch seine Angehörigen von der Vorladung hätte benachrichtigt werden, und die zu seiner Vertheidigung nothwendigen Schritte machen können. Weßhalb auch, da die Wechselforderung vom Kläger mit allen Erforderniſſen hinlänglich erwiesen wurde, die Verurtheilung Jenes ganz ordnungsmäßig geschah.

Von besonderer Bedeutung dürfte auch bezüglich des §. 84 des II. Thl. des W. C. ein vom Appellations-Wechselgerichte am 14. July 1842 Nr. 516 gefälltes Erkenntniß seyn. Denn da jener §. die vor Wechselgerichten abgeschlossenen gütlichen Vergleiche der Partheyen in allen Rechtsfolgen den Wechseln gleichstellet: so erkannte das Appellations-Wechselgericht, daß der vor der Comitatsgerichtsperson, welche in Folge eines wechselgerichtlichen Auftrages einschritt, geschlossene Vergleich ebenfalls als mit Wechselkraft begabt betrachtet werden solle.

Die Lieferungsprocesse betreffend sind endlich noch drey Erkenntnisse des Appellations-Wechselgerichts hier anzuführen: vom 7. October 1841 Nr. 409, den Bescheid des Pesther W. G. e. J. vom 20. September Nr. 2009 bestätigend; worin ausgesprochen wird, daß die im §. 92 des II. Thl. des W. C. für umfangreichere Handelsprocesse zwischen protocollirten Handelsleuten oder Fabrikanten, festgestellte Einrichtung von Compromissionalgerichten, bey Lieferungsstreitigkeiten keine Anwendung habe; — von demselben Datum Nr. 410 ganz desselben Sinnes, wodurch ein ganz ähnlicher Bescheid des Pesther W. G. e. J. ebenfalls vom 20. September Nr. 2090 bestätigt wird; — endlich vom 2. Juny 1842 Nr. 366, daß jede Einwendung, als wäre die Wechselstrenge nicht

auch auf die über Lieferungsprocesse entstehenden Processe anwendbar, nichtig sey.

Somit bleiben uns noch die wichtigeren Entscheidungen der höheren ungarischen Wechselgerichte bezüglich folgender Puncte zu betrachten:

1) Bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen über die Beweismittel;

2) über die gerichtlichen Erkenntnisse;

3) über die Rechtsmittel;

4) über die Vollstreckung der Urtheile;

5) über die gerichtlichen Zustellungen;

6) über die Wechseladvocaten; endlich

7) über die Wechselgerichtstaxen.

(Fortsetzung folgt.)

Erörterung

einiger zweifelhafter Fragen über die Anwendung der körperlichen Züchtigung im österreichischen Strafprocesse.

Vom

Herrn J. C. Passy,

Doctor der Rechte und k. k. landesf. Pfleger zu St. Johann im Herzogthume Salzburg.

I.

Kann nach §. 365 I. Theil des Straf-Gesetzbuches eine körperliche Züchtigung als Ungehorsamsstrafe auch dann Statt finden, wenn der Untersuchte einen vollständig erwiesenen factischen Umstand widerspricht, ohne selbst eine positive Behauptung anzuführen?

Ich bin zwar bereits an einem anderen Orte bemüht gewesen [1], die Beantwortung dieser Frage nach dem, meines Ermessens, ohnehin klaren Wortlaute, und nicht minder deutlich erkennbaren Geiste unserer Gesetzgebung möglichst vollständig zu lösen, und hielt die Sache um so mehr für abgethan, als ich in der Zeit meiner nun schon mehr als zwölfjährigen practischen Wirksamkeit in der Ausübung des Criminalrichteramtes noch nie auf eine entgegengesetzte Ansicht von Seite der Praxis gestoßen bin.

[1] Siehe meinen Aufsatz: Über Anwendung von Zwangsmitteln und Ungehorsams-Strafen im österreichischen Criminalprocesse, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, Jahrgang 1836. Bd. I., Seite 379, u. f.

In der neuesten Zeit aber erfahren wir, daß bey der Beurtheilung eines speciellen Falles eine Ansicht geltend gemacht wurde [1]), welche nicht nur der bisher überall angenommenen Praxis, sondern auch der deutlichen Anordnung des Gesetzes geradezu entgegen steht.

Es sey daher erlaubt, um einerseits vor ähnlichen Mißgriffen zu warnen, anderseits aber um unsere eben so weise als milde und gerechte Gesetzgebung in den Augen fremder Juristen, welche allenfalls das in jenem Aufsatze besprochene Verfahren, da es als der Beschluß der Majorität eines Criminalgerichtes dargestellt wird, als ein gesetzliches ansehen könnten; vor jedem ungerechten Vorwurfe zu bewahren, diesen Gegenstand einer genauen Revision zu unterziehen.

Ich will mich hier durchaus bey keiner Erörterung irgend einer rechtsphysiologischen Theorie aufhalten, sondern lediglich die Anordnung unseres Strafgesetzes zu erklären suchen.

Der §. 365 I. Thls. des St. G. B. lautet: „Eine angemessene Strafe mit Streichen oder Fasten findet auch dann Statt, wenn der Verhörte durch die Angabe eines offenbar als falsch bewiesenen Umstandes die Untersuchung zu verzögern, oder das Gericht irre zu führen gesucht hat, und des ihm dagegen vorgehaltenen klaren Beweises ungeachtet bey dem Lügen beharrt!“

Wenden wir nun diese gesetzliche Anordnung auf den Gegenstand der Frage an, wo ein Untersuchter, ohne selbst ein positives Factum zu behaupten, lediglich einen Umstand in Abrede stellt, dessen Wahrheit dem Gerichte auf eine gesetzliche Weise als erwiesen vorliegt, so muß sich wohl Jedermann die Richtigkeit der Behauptung, daß eine körperliche Züchtigung, und überhaupt eine

---

[1]) Siehe Visini's Beyträge zur Criminalrechtswissenschaft. 3. Bd. Wien, 1841, Seite 155 — 174. Der fleißige und verdienstvolle Verfasser scheint zwar aus sehr triftigen Gründen, den, in dem mitgetheilten Falle von dem ungenannten Criminalgerichte gefaßten Beschluß nicht zu billigen, hat jedoch in seinem Aufsatze mehr auf die Grundsätze des natürlichen Strafrechts als auf die klaren Wortes unseres Strafgesetzes Rücksicht genommen.

Ungehorsamsstrafe eines solchen Widerspruchs wegen allein noch nicht Statt finden kann, als evident aufdringen.

Die Gründe für diese Ansicht sind folgende:

1. Der §. 365 des I. Theils des Strafgesetzes setzt es zur ausdrücklichen Bedingung der Anwendung einer Ungehorsamsstrafe, daß der Verhörte einen als falsch bewiesenen Umstand angegeben hat. Einen vorgehaltenen Umstand verneinen, und einen falschen Umstand angeben, sind aber gerade entgegengesetzte Afferte, von denen das erste negativer, das zweyte positiver Natur ist, daher auch der Unterschied zwischen beyden so klar und einleuchtend für jeden seyn muß, wie es jener zwischen ja und nein ist! Wenn man daher behaupten wollte, der Gesetzgeber habe unter der Angabe eines falschen Umstandes auch die Verneinung (das Abläugnen) eines wahren verstanden, so würde man nichts weniger behaupten, als der Gesetzgeber habe unter einer Affirmation auch eine Negation begreifen wollen, was man doch unserer in ihrer Textirung stets so logisch richtigen und klaren Gesetzgebung nicht zumuthen kann.

2. Das Gesetz fordert aber ferner, daß der angebrachte Umstand von der Art sey, daß die Untersuchung dadurch verzögert oder das Gericht irregeführt werden kann. Beydes ist im vorliegenden Falle ganz und gar unmöglich; denn ist das wahre Sachverhältniß, der factische Umstand, um welchen der Verhörte befragt wird, z. B. der Umstand, daß sich **A** an einem bestimmten Tage an einem gewissen Orte befunden hat, oder daß **B** eine als das gestohlene Gut von dem Beschädigten erkannte Sache an den **C** verkauft hat; — auf eine gesetzmäßige Weise bewiesen, so ist ja das durch Zwangsmittel zu erwirkende Geständniß des Inquisiten ganz und gar überflüssig. Was wird es denn dem Richter nützen, wenn **A** durch die Schmerzen der körperlichen Züchtigung gezwungen, endlich zugibt, er sey wirklich an dem bestimmten Tage an dem bestimmten Orte, wo das Verbrechen verübt wurde, gewesen, oder wenn **B** durch die erhaltenen Prügel mürbe gemacht, gesteht, er habe wirklich dem **C** den fraglichen Gegenstand verkauft? Steht die Untersuchung nicht auf demselben Standpuncte, auf welchem sie vor dem Vollzuge der Ungehorsamsstrafe sich befand, wo dieser Umstand schon legal erwiesen war? Wollte aber vielleicht ein Vertheidiger der entgegen-

gesetzten Ansicht mir erwiedern, die Untersuchung stehe dann allerdings besser als früher, denn:

a) Werde sich der durch die Züchtigung gewarnte Inquisit hüthen, in dieser Untersuchung eine fernere Lüge vorzubringen, oder einen wahren Umstand abzuläugnen, und daher dürfe der Inquirent nun mehr auf Erforschung der Wahrheit rechnen als früher; und

b) gäbe ja das erhaltene Geständniß ein reichhaltiges Materiale zu weiteren Fragen, welche man früher auf den durch andere Beweismittel erwiesenen Umstand nicht basiren konnte, z. B. wenn A zugegeben hat, am Tage der verübten That am Orte der Verübung gewesen zu seyn, so drängen sich ja alle die weiteren Fragen, was er dort gethan, wen er dort getroffen u. s. w. ebenso wie auf das Geständniß des B, das gestohlene Gut wirklich dem C verkauft zu haben, die Frage: von wem, und wo er dasselbe erhalten, von selbst auf, und geben den reichhaltigsten Stoff zu weiteren Verhören.

Dagegen läßt sich aber erwiedern:

ad a. Dieser Grund dürfte bey verschmitzten und verwegenen Inquisiten sich kaum rechtfertigen, und die erhaltene Züchtigung wird solche freche Charaktere nur entweder noch verstockter, oder aber vorsichtiger machen, und sie werden sich in Hinkunft vor jeder bestimmten Antwort hüthen, und den Inquirenten mit leeren Ausreden, unbestimmten Bejahungen und Verneinungen, oder der gewöhnlichen Ausflucht, „ich weiß mich nicht mehr zu erinnern," abfertigen. — Minder kecke Verbrecher aber können gewiß ohne allen Zwangsmitteln zur Angabe der Wahrheit gebracht werden, wenn der Richter Geduld und Umsicht genug hat, und nicht schon bey der ersten Nothlüge, oder dem ersten, oft handgreiflichen Versuche sich durch unwahre Angaben zu helfen, zum Stocke greifen zu müssen glaubt.

ad b. Ebenso unsicher ist der Erfolg, wenn auch der Inquisit zum Geständnisse des abgeläugneten Factums schreitet. Denn gewöhnlich betrachtet der gewandte, schon oft untersuchte Verbrecher, die erhaltene Züchtigung als den Preis, um den er sich von der Strafe des Verbrechens sichern kann. Es steht daher keineswegs zu erwarten, daß er deßhalb, weil er das Factum, wegen dessen Abläugnung er gezüchtiget wurde, eingestanden, nun auch schon zum Geständnisse der That, d. i. des Verbrechens selbst schreiten werde.

Gewöhnlich macht die Züchtigung die entgegengesetzte Wirkung. Auf die weiteren Fragen wird er nur mit noch mehr Vorsicht, so viel als möglich unbestimmt und ausweichend antworten, um ja keinen Anlaß zu einer zweyten Züchtigung zu geben, und man kann, wenn er auf die erhaltene Ungehorsamsstrafe nicht zugleich zum Geständnisse des Verbrechens selbst schreitet, mit ziemlicher Sicherheit darauf rechnen, daß er keinen erheblichen Nebenumstand selbst angeben wird, den der Richter nicht schon auf anderem Wege erfahren hat.

Wenn es daher auch richtig ist, daß der Richter, sobald der Inquisit das frühere abgeläugnete Factum gesteht, Stoff zu weiteren Fragen hat, so kann man doch sicher seyn, daß ihm die erhaltenen Antworten keine gute Ausbeute liefern werden, und ihm weniger zum Ziele führen, als es der Fall, ohne Verhängung einer Züchtigung, gewesen wäre.

Wir sehen daher, daß durch das bloße Abläugnen eines bereits erwiesenen Umstandes weder eine Irreführung des Richters, noch eine Verzögerung der Untersuchung Statt finden kann, und daher ein wesentliches Moment mangelt, um gemäß §. 365 I. Thl. des St. G. B. mit einer Ungehorsamsstrafe vorgehen zu dürfen.

3. Endlich würde aber ein solches, in Folge einer erhaltenen Züchtigung abgelegtes Geständniß des früher abgeläugneten Umstandes gesetzlich gar keinen Beweis dieses Factums bilden können und dürfen. Die §§. 399—401 I. Thls. des St. G. B., welche von dem Beweise durch das Geständniß handeln, bestimmen ausdrücklich, daß ein durch Drohung oder Gewaltthätigkeit erlangtes Geständniß keinen Beweis bilde, und dieses sonach freywillig abgelegt werden müsse. Von dem Geständnisse eines Umstandes aber, welches erst in Folge eines angewendeten physischen Zwanges erfolgte, kann man doch gewiß nicht sagen, daß es freywillig erfolgt sey.

Man wende nicht ein, daß die Vorschriften der §§. 399—401 nur von dem Geständnisse der verbrecherischen That selbst zu gelten haben, denn sonst würde das Geständniß der übrigen Umstände, also z. B. aller jener factischen Verhältnisse, durch welche die Überweisung des Thäters bedingt ist, auf jede beliebige Weif erpreßt werden können, und die alte Folterkammer würde ihre verrosteten Thore wieder öffnen, und mit allen ihren scheußlichen Höllenqualen in die freundliche Justizpflege unseres gebildeten Jahrhunderts hereingrinsen

Daß aber die Beweiskraft des Geständnisses sowohl, als die der Zeugenaussage auch über andere in einer Criminal-Untersuchung vorkommende Thatsachen, als des verübten Verbrechens selbst an die Anordnungen der §§. 399—402, dann 403—411 gebunden ist, geht klar aus der Anordnung des §. 411, IV. und dem §. 8 des an die Stelle des §. 312 getretenen a. h. Patentes vom 6. July 1833 J. G. S. N. 2622 hervor, wo es ausdrücklich heißt, daß die in den §§. 2, 3, 4, enthaltenen Anzeigungen, und die im §. 6 enthaltenen Umstände rechtlich bewiesen seyn müssen.

Unter dem Ausdrucke rechtlicher Beweis kann aber nur ein Geständniß oder eine Zeugenaussage verstanden seyn, welche die gesetzlichen Erfordernisse haben, da sonst diese ganze Gesetzesstelle keinen erklärbaren Sinn hätte. Wer wird aber behaupten, das Geständniß eines Umstandes bilde einen rechtlichen Beweis, wenn es in Folge erhaltener Prügel abgelegt wurde?

Überdieß würde es auch den Richter gewiß in Verlegenheit setzen, wenn der Inquisit das Geständniß im nächsten Verhöre widerruft, und die erhaltene Züchtigung zur Begründung seines Widerrufs vorbringt. Soll man ihn etwa jetzt noch einmahl züchtigen lassen? dann wäre die peinliche Frage doch in ihrem schönsten Glanze rehabilitirt und es käme nur auf die weitere Erörterung an, ob es humaner sey dem Inquisiten zwanzig Streiche zu geben, oder ihm Daumschrauben und dergleichen anzulegen!

Man wird vielleicht auch hierauf eine Erwiederung finden und sagen, es liege ja in der Voraussetzung, daß der abgeläugnete Umstand schon auf eine andere gesetzliche Weise erwiesen sey, folglich lege man bey der Beurtheilung dieses Umstandes kein Gewicht auf das Geständniß des Inquisiten, sondern auf die schon früher vorhandenen Beweismittel anderer Art. Hierauf könnte man freilich ganz einfach fragen, wozu war dann die Züchtigung?

Etwa eine Strafe, weil der Inquisit das nicht sagte, was der Inquirent will — dann könnte man ihn mit gleichem Rechte auch züchtigen, weil er das Verbrechen selbst läugnet.

Dieses zur directen Begründung unserer Ansicht vorausgeschickt, sey es nun gestattet zu erörtern, von welchem Gewichte die Gründe waren, welche in dem die Veranlassung zu diesem Aufsatze

gebenden Rechtsfalle für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht wurden ¹).

Sie sind ungefähr folgende:

I. Der Unterschied zwischen Lügen und Läugnen sey zu subtil, als daß derselbe bey einem so grellen Falle seine Anwendung finden sollte.

II. Die dem Inquisiten dieses Widerspruches wegen zuzufügende Strafe der körperlichen Züchtigung sey noch kein Zwang zum Geständnisse der That (des Raubmordes) selbst, weil er letztere noch immer in Abrede stellen kann, wenn er auch über die erlittene Ungehorsamsstrafe den widersprochenen Umstand als wahr zugeben würde.

III. Die Angabe des Inquisiten, womit selber einen gesetzlich erwiesenen Umstand als unwahr widerspricht, sey um so mehr als eine Lüge anzusehen, als Inquisit offenbar anders rede, als er denke oder als er innerlich überzeugt sey und gerade hierin bestehe das Wesen einer Lüge.

Die Unhaltbarkeit dieser Gründe dürfte schon an sich aus Folgendem klar hervorgehen:

ad I. Der Unterschied zwischen Lügen und Läugnen im Sinne unsers Strafgesetzes und insbesondere des §. 365 I. Theils des St. G. B. ist keineswegs subtil, sondern nach dem schon eben ad I Erörterten so klar und deutlich, wie der zwischen einer Bejahung und einer Verneinung. Was dem Gesetzgeber nicht zu subtil geschienen hat, muß auch dem Richter in der Anwendung des Gesetzes nicht zu subtil erscheinen. Das Grelle des Falles kann und darf auf die Erklärung des Gesetzes keinen Einfluß haben, ja vielmehr muß behauptet werden, je größer das Verbrechen ist, um welches es sich

¹) Der diese Frage veranlassende sehr einfache Rechtsfall bestand im Wesentlichen darin: der des Raubmordes angeschuldigte Gottfried K r e* behauptet standhaft die gemordete Walburga von A** gar nicht gekannt zu haben und am 26. und 27. Februar 1839 nicht in ihrer Wohnung gewesen zu seyn, obschon diese Umstände durch vielfältige Zeugenaussagen bewiesen waren.

Auf die Frage aber, wo er um diese Zeit gewesen sey, gab er an, es nicht genau zu wissen; bey seiner bestimmungslosen Lebensweise werde er wahrscheinlich, wie gewöhnlich entweder spazieren gegangen oder bey seiner Geliebten Anna H* oder aber in einem Bierhause gewesen seyn.

handelt, je wichtiger der Fall, der zur Beurtheilung vorliegt, desto gewissenhafter und behuthsamer soll der Richter seyn, um jeden Schein einer Leidenschaftlichkeit oder eines übelverstandenen Eifers zu vermeiden, und etwa ungültige, falsche und einem baldigen Widerrufe bloßgestellte Geständnisse zu erhalten! Je größer das verübte Verbrechen desto wichtiger sind die Güter des Beschuldigten, welche durch die Untersuchung bedroht werden, desto begreiflicher ist die Aufregung, die Angst, in welcher sich auch das Gemüth des schuldlosen Inquisiten befinden kann.

Wie leicht kann es nicht geschehen, daß von ihm ein erwiesener Umstand als unwahr abgeläugnet wird, weil er in der Verwirrung die Folgen des Geständnisses für weit gefährlicher hält, als sie es wirklich sind. Würde man nun, gegen die weise Vorschrift des Gesetzes, welches nur der Angabe einer positiven Lüge durch Strafe vorbeugen wollte, gleich mit einer Züchtigung vorgehen, so kann man gewiß seyn, bey weicheren, minder verdorbenen Gemüthern sehr oft falsche Geständnisse zu erhalten, während der kecke, mit dem Gange der Untersuchung vertraute Verbrecher dadurch nur noch rückhältiger und verschlossener wird.

ad II. Hier muß wieder, wie schon oben ad 2 bemerkt wurde, erinnert werden, daß die ganze Züchtigung zwecklos ist, weil ja das wahre Sachverhältniß, das ist, das Widerspiel dessen, was der läugnende Inquisit behauptet, schon auf anderen Wegen gesetzlich bewiesen ist.

ad III. Man muß das Wort „Lüge" in keinem anderen als in dem Sinne nehmen, in welchem es der §. 365 I. Thls. des St. G. B. verstanden wissen will. Im weitesten Sinne ist allerdings jede absichtlich vorgebrachte Unwahrheit, folglich auch die Verneinung eines wahren Umstandes schon eine Lüge. Allein der §. 365 I. Thls. des St. G. B. verhängt nicht auf jede vorgebrachte Lüge schon eine Ungehorsamsstrafe, sondern er beschränkt diesen Begriff und gestattet mit klaren Worten nur dann eine Strafe, wenn die Lüge in der Angabe eines falschen Umstandes besteht, wodurch die Untersuchung verzögert oder das Gericht irre zu führen gesucht wird. Der bloße Widerspruch ist aber von der Angabe eines falschen Umstandes wesentlich verschieden.

Möchten durch diese wenigen Bemerkungen redlich alle Zwei-

fel in der Auslegung eines Gesetzes behoben seyn, das schon seiner Natur nach von jedem edeldenkenden und zartfühlenden Richter gewiß eher möglichst einschränkend als auf eine so gefährliche Weise ausdehnend ausgelegt werden wird.

II.

Steht dem Untersuchten gegen eine als Ungehorsamsstrafe verhängte körperliche Züchtigung das Recht des Recurses an das Obergericht zu?[1]).

Diese Frage wurde bisher meines Wissens in der Praxis sehr verschieden beantwortet, wohl aber dürfte sich die Mehrzahl der Stimmen gegen das dem Untersuchten zustehende Recht des Recurses erheben. Es sey daher gestattet die Gründe für und wider diese Ansicht näher zu würdigen.

Für die Behauptung, daß dem Untersuchten kein Recht zustehe; gegen eine als Ungehorsamsstrafe verhängte körperliche Züchtigung den Recurs an das competente Obergericht zu ergreifen, sprechen folgende Gründe:

a) Von dem Recurse handelt lediglich das dreyzehnte Hauptstück des zweyten Abschnittes I. Theils des St. G. B. außer diesen geschieht in dem ganzen Umfange des Gesetzes von dem Rechte des Recurses, oder der Beschwerde des Untersuchten gegen die Verfügungen des Criminalgerichtes an das Obergericht nirgends eine Erwähnung. In diesem ebengedachten Hauptstücke aber und namentlich im §. 462 I. Thls. des St. G. B. (dem ersten §. desselben) ist nur von der Zuläßigkeit des Recurses gegen criminalgerichtliche Urtheile die Rede. Da nun einerseits Ungehorsamsstrafen durch kein Strafurtheil, sondern nur durch einfache Beschlüsse des Criminal-

[1]) Daß sich diese Frage gleichmäßig auch auf alle andern Arten von Ungehorsamsstrafen erstrecke, versteht sich von selbst. — Wir besitzen zwar von einer sehr schätzbaren Hand (Siehe Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, J. 1827, Bd. II. S. 218—226) eine Abhandlung über die Recurse im Criminalfache, allein leider ist darin die gegenwärtige Frage nicht berührt, was um so bedauerlicher ist, als von dem würdigen Hrn. Verfasser seiner ämtlichen Stellung gemäß die interessantesten Ereignisse der Praxis über diese Frage zu erwarten gewesen wären.

gerichtes, oft bloß durch mündliche nur im Verhörsprotocolle ersichtliche Verfügungen des Inquirenten allein verhängt werden, anderseits auch das Gesetz selbst dem Beschuldigten nirgends ein Recht einräumt gegen solche criminalgerichtliche Anordnungen oder Beschlüsse einen Recurs ergreifen zu können, so muß auch mit Grund behauptet werden, daß nach unserem Strafgesetze dem Inquisiten ein solches Recht gar nicht zustehe und zwar um so mehr, als der Gesetzgeber gewiß ein so wichtiges Recht des Inquisiten, welches auf das ganze Verfahren von so entschiedenem Einflusse ist, nicht unberührt gelassen hätte, wenn er ihm dasselbe nicht ganz entziehen wollte. — Damit will zwar noch keineswegs gesagt seyn, daß der Inquisit nicht das Recht habe, sich gegen willkürlich und gesetzwidrig zugefügte Züchtigungen zu beschweren.

Dieses Recht steht ihm sowohl im Zuge der Untersuchung in der Art zu, daß er seine Klage bey dem Vorstande des Gerichtes vorbringen kann, als auch nach beendeter Untersuchung mittelst förmlicher Beschwerde bey dem Obergerichte, und allenfalls auch, wenn das geschöpfte criminalgerichtliche Urtheil gemäß §. 462 I. Thl. des St. G. B. recursfähig ist, selbst cumulative mit dem Recurse über den Inhalt dieses Urtheils.

Die ausgesprochene Behauptung geht nur dahin, daß aus dem eben erörterten Grunde gegen die verhängte Züchtigung kein eigentlicher mit einem effectu suspensivo versehener Recurs statt findet. — Dem Inquisiten steht sonach allerdings hinterher ein Beschwerderecht zu, welches dem Richter Verantwortung und selbst Strafe zuziehen kann, aber er muß sich der dictirten Strafe fügen und hat kein Recht einen Aufschub zu verlangen. — Das Recht einer nachträglichen Beschwerde, verbunden selbst mit dem Ausspruche auf Schadenersatz, geht aus den allgemeinen Rechtsbegriffen und dem unbestrittenen Rechte jedes Staatsbürgers, sich gegen erlittene Unbilden bey Ausübung gerichtlicher Amtshandlungen beschweren zu können und insbesondere aus dem §. 86 II. Thls. des St. G. B. hervor, wo solche gesetzwidrige, thätige Beleidigungen des Inquisiten sogar als schwere Polizeyübertretungen erklärt und mit Strafe belegt werden. Allein von dieser Beschwerde ist der eigentliche Recurs wesentlich verschieden. Von jener konnte der Gesetzgeber füglich schweigen, weil sie schon in den allgemeinen Rechten aller

Staatseinwohner begründet ist, nicht so von dem Recurse im engeren Sinne, dem eine aufschiebende Kraft zugeschrieben werden muß, wenn er wirksam seyn soll.

b) Der Gesetzgeber scheint auch allerdings Grund genug gehabt zu haben, ein solches Recursrecht nicht zu gestatten, indem dadurch nur den muthwilligsten Verzögerungen der Untersuchung, besonders bey sehr wichtigen Verbrechen, wo oft dem Untersuchten nur um Aufschub zu thun ist, die Thore geöffnet würden. Hätte nämlich der Gesetzgeber nicht bloß gegen das criminalgerichtliche Urtheil, sondern auch gegen alle einzelnen Acte des Verfahrens dem Inquisiten das Recht des Recurses mit aufschiebender Wirkung eingeräumt, so würden einerseits die Oberbehörden mit den grundlosesten und muthwilligsten Beschwerden aller Art überschwemmt, anderseits aber stünde dadurch jedem Beschuldigten das Recht zu, die Untersuchung bis ins Unendliche zu verziehen, und jedem Schritte des Inquirenten unübersteigliche Hindernisse in den Weg zu legen. Ja, es würde in consequenter Befolgung dieser Ansicht so weit kommen, daß der Inquisit gegen die Stellung jeder Frage, die ihm nicht taugt, oder deren Beantwortung ihn nothwendiger Weise in Verlegenheit setzt, den Recurs ergreifen könnte, und sonach Mittel genug in der Hand hätte, jedes einzelne Verhör zu vereiteln. Ein solches Princip würde aber jede vernünftige und zweckmäßige Inquisition unmöglich machen, und ist daher mit allem Fuge in unseren Strafproceß nicht aufgenommen.

c) In dieser Verweigerung des Recurses **cum effectu suspensivo** liegt aber noch keine Gefahr für die Rechtssicherheit des Beschuldigten, welcher durch anderweitige gesetzliche Verfügungen gegen jede mögliche Willkühr von Seite des Inquirenten hinlänglich geschützt ist. So sehen wir, daß gegen absichtliche oder fahrlässige Mißbrauchung der richterlichen Gewalt eigene Strafgesetze (§§. 83 des I., und 86 des II. Thls. des St. G. B.) gegeben, daß überdieß Richter und andere Beamte, welche sich gesetzwidrige Gewaltthätigkeiten zu Schulden kommen lassen, von den Oberbehörden zur Verantwortung gezogen, und nach Maßgabe des entdeckten Gebrechen und des zugefügten Schadens entweder mit einer Rüge, ja selbst mit Unfähigkeit zur ferneren Bekleidung des Amtes u. s. w. bestraft werden. Um aber auch dem Beschuldigten jederzeit die Mög-

lichkeit der Beweisführung über erlittene Unbilden zu sichern, sind die Vorschriften über Beysitzer, beeidete Gerichtsschreiber, genaue Protocollirung alles dessen, was im Verhöre vorkommt u. s. f. angeordnet. — Wer wird nun wohl annehmen, daß der Richter, auf der einen Seite, ohne allem persönlichen Interesse an der Untersuchung (tritt diese ein, so wäre er ohnehin für diesen Fall von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, perhorescirt) ohne irgend einem Grunde der Parteylichkeit gegen den Inquisiten; auf der anderen Seite aber durch die strengsten Controlls-maßregeln und die für seine ganze künftige Laufbahn entscheidenden und höchst empfindlichen Strafandrohungen zur größten Vorsicht und Gewissenhaftigkeit aufgefordert, demnach entweder so bösartig, oder so leichtfertig seyn sollte, gegen das Gesetz den Untersuchten zu mißhandeln? Da sonach der richterlichen Willkühr durch zweckmäßige Gesetze enge Schranken gesetzt sind, so konnte auch der Gesetzgeber mit voller Beruhigung das Mittel des Recurses gegen derley einzelne gerichtliche Acte beseitigen, um die Processe nicht zu sehr zu verzögern.

Endlich d) würde, mit besonderer Rücksicht auf den eigentlichen Fragegegenstand, bey Ungehorsamsstrafen, wenn dem zu Züchtigenden durch den Recurs das Mittel an die Hand gegeben würde, die verdiente Strafe zu verzögern, der wesentlichste Zweck derselben meistentheils vereitelt werden; denn dieser geht ja vorzugsweise dahin, den Starrsinn oder die Rohheit des Untersuchten zu brechen und ein legales Benehmen zu erwirken.

Hier muß nothwendiger Weise der Übertretung die Strafe auf dem Fuße folgen, sonst ist sie wirkungslos. Wenn aber der Inquisit durch grobes, unanständiges Betragen, durch den frechsten, herausfordernden Hohn der Würde des Gerichtes, dem so nothwendigen Ansehen des Richters mit entschiedener Verachtung entgegen tritt, wie sehr würde nicht da die ganze Stellung des Inquirenten verkehrt, wenn dem Inquisiten gegen die deßhalb verhängte Strafe ein Recurs frey stünde, und nicht sogleich die gebührende Züchtigung vollzogen werden dürfte.

Nehmen wir überdieß an, wie leicht es geschehen kann, daß, da die Größe der Übertretung aus den Acten minder ersichtlich ist, als sie sich den Augen der Commission selbst darstellt, von der Ober-

behörde eine Milderung oder Nachsicht der verfügten Strafe verordnet würde, wodurch der Inquirent, gänzlich compromittirt, um sein Ansehen gebracht, den Untersuchungszweck nicht leicht mehr erreichen könnte; ja, daß vielmehr der Untersuchte durch solche Vorgänge kühn gemacht, nur immer trotziger würde und sonach unter dem Schutze des Gesetzes, den Anordnungen des Gerichtes mit dem vermessensten Trotze Hohn spricht!

So sehr diese Gründe gewichtig zu seyn scheinen und auch zum Theile wirklich beachtenswerth sind, so bin ich doch der Meinung, daß die entgegengesetzte Ansicht, nämlich die Behauptung, daß gegen eine verhängte Ungehorsamsstrafe allerdings einem Recurse, und zwar mit aufschiebender Wirkung Statt zu geben sey, richtiger und dem Geiste unserer Strafgesetzgebung angemessener sey.

Zur directen Begründung diene Folgendes:

1. Wenn wir den Gegenstand der Frage, ohne Rücksicht auf ein etwa entgegen stehendes positives Gesetz, bloß aus dem Standpuncte der allgemeinen Theorie des Strafprocesses betrachten, so erscheint offenbar die Zulässigkeit eines Recurses gegen eine als Ungehorsamsstrafe dictirte körperliche Züchtigung als ein unabweisliches Petit der Gerechtigkeit.

Will man den Inquisiten nicht der richterlichen Willkühr, selbe mag nun im bösen Willen oder selbst nur in einem bloßen übel verstandenen Eifer des Inquirenten ihren Grund haben, Preis geben, so muß ihm das Recht bey einer höheren Behörde gegen solche Zwangsmittel Schutz zu suchen unbenommen bleiben. — Die einmahl erlittene Züchtigung bringt leicht so unabsehbare körperliche und moralische Nachtheile mit sich, daß eine nachträgliche Beschwerde, wenn ihr auch im vollsten Maße statt gegeben werden wollte, für den Bestraften offenbar fast ohne alle Wirkung wäre. Man denke sich z. B. einen Inquisiten aus einem höheren, gebildeten Stande, der mit Glücksgütern hinlänglich versehen, durch ein unglückliches Zusammentreffen der Umstände, verschuldet oder nicht, in Criminaluntersuchung kommt. Wer kann einem solchen die Nachtheile, den tiefen, unvertilgbaren Eindruck ersetzen, den eine körperliche Züchtigung auf sein ganzes physisches und moralisches Wesen nothwendiger Weise machen muß? [1]) Kann einer Gesetzgebung

[1]) Mir ist ein Fall bekannt, wo eine ganz unbedeutende nur im poli-

welche sich eben so sehr durch Weisheit, als Humanität ihrer Vorschriften und die lobenswertheste Sorgfalt, alles zu vermeiden, wodurch dem Untersuchten unersetzliche Nachtheile schuldloser Weise zugefügt werden könnten, auf das Entschiedenste auszeichnet, eine solche Tendenz mit Grund zugemuthet werden? Müssen wir nicht vielmehr, da wir in dem ganzen Umfange des Gesetzes nirgends eine entgegengesetzte Verfügung finden, mit vollem Rechte annehmen, daß dieser Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit von dem Gesetze allerdings Platz gegeben sey?

2. Wir finden auch eine positive Vorschrift, welche diese Ansicht unterstützt, nämlich das Justizhofdecret vom 10. Febr. 1827, Justizgesetz-Sammlung Nr. 2258, Seite 67, wo dem Beschuldigten gegen den unterrichterlichen Beschluß zur Einleitung einer Criminaluntersuchung der Recurs ausdrücklich eingeräumt ist. Aus dieser Anordnung ersehen wir zur Genüge, daß der Gesetzgeber keineswegs den Recurs bloß auf das Urtheil des Criminalgerichts über die geschlossene Untersuchung beschränken wollte, sondern daß es vielmehr in dessen Absicht lag dieses Recht dem Untersuchten ungeschmälert und ohne irgend einer, nicht in der Natur des Untersuchungsprocesses selbst gegründeten, Beschränkung einzuräumen; was um so zweifelloser ist, als dieses Hofdecret die Zulässigkeit des Recurses in dem normirten Falle nicht als eine neue gesetzliche Verfügung, sondern als ein sich von selbst verstehendes Recht des Untersuchten darstellt, und das Obergericht nicht bloß als b e r e c h t i g t, sondern als v e r p f l i c h t e t zur Prüfung des Recurses erklärt. Daß sich für unseren Fall keine gleiche Anordnung erlassen findet, kann daher nichts dagegen beweisen, weil vielleicht ein solcher Zweifel höchsten Orts nie in Anregung gebracht wurde.

---

zeylichen Wege verhängte Correctionsstrafe sogar einen frühzeitigen Tod des Bestraften nach sich zog, der vielleicht mehr in der moralischen als in der somatischen Wirkung der Züchtigung seine Ursache fand. — Ein Beweis wie vorsichtig man selbst dort mit der Anwendung der körperlichen Züchtigung vorgehen soll, wo auch das Gesetz deren Zufügung gestattet, um sich nicht selbst wenigstens vor dem eigenen, inneren Richter ewige Verantwortung zubereiten!

Übrigens sind mir aus meiner Praxis Fälle genug bekannt, wo auch über andere Verfügungen des Gerichtes Recurse von den Oberbehörden theils im Zuge der Untersuchung, theils nach deren Beendigung zugelassen und entschieden worden sind, z. B. Recurse des Beschuldigten über die Competenz des Gerichtes mit der Bitte um Delegirung eines anderen Gerichtes, oder wenigstens um Bestellung eines anderen Referenten; Recurse über die Verwendung der deponirten Gelder des Inquisiten zum Ersatze der Gerichtskosten, oder die Entschädigung der Beschädigten u. s. w. Ich zweifle auch keinen Augenblick, daß jedes Obergericht, wenn demselben ein Recursfall über eine wegen Ungehorsam verfügte Züchtigung vorgelegt würde, ohne Weiterem in dessen Erledigung eingehen würde.

3. Eine noch passendere Analogie für unseren Fall finden wir aber in dem noch immer gültigen Hofkanzleydecrete vom 2. May J. 1799, Nr. 459, welches, zwar nur für die politischen Behörden erlassen wurde, aber wegen vollkommener Gleichheit des Grundes auch hier Anwendung verdient; es lautet dahin, daß den Recursen dann ein effectus suspensivus zukomme, wenn durch den Vollzug des geschöpften Erkenntnisses der günstige Erfolg des Recurses für den Recurrenten ohne Frucht seyn würde. Tritt nun diese Wirkung bey den unbedeutenderen polizeylichen Anordnungen ein, um wie viel mehr muß es dann nicht im Criminalprocesse der Fall seyn. Man wende nicht ein, daß im österr. Strafrechte Analogien unzulässig seyen. Denn der §. VI der Einleitung, auf welchen sich dießfalls bezogen wird, schließt die Anwendung einer Analogie nur von der Bestimmung, was als Verbrechen oder schwere Polizeyübertretung zu betrachten, und zu bestrafen sey, keineswegs aber auch von den übrigen Bestimmungen des Strafrechtes aus. Insbesondere ist dieß im Strafprocesse der Fall, wo wir oft zu Analogien und anderweitigen gesetzlichen Normen unsere Zuflucht nehmen müssen, um die im Gesetze nicht enthaltenen Fälle gehörig zu entscheiden. Hier gelten alle Auslegungsregeln, die für die Gesetzesinterpretation überhaupt bestehen.

Daher kann auch der Anwendung der oben bemerkten Vorschrift, die man in der Praxis auch im civilrechtlichen Verfahren geltend zu machen pflegt, kein gegründetes Bedenken im Wege stehen. Noch zweifelloser dürfte sich diese directe Darlegung aber auch

durch die Widerlegung der oben **ad a — d** für die entgegengesetzte Ansicht entwickelten Gründe im indirecten Wege bekräftigen lassen:

ad a. Es ist richtig, daß im ganzen **II.** Abschnitte des **I.** Theils des St. G. B. nur im 13. Hauptstücke vom Recurse die Rede ist und daselbst der Recurs nur gegen Urtheile des Criminalgerichtes oder des Obergerichtes unter gewissen Bedingungen als zulässig erklärt wird; allein dadurch wird die Statthaftigkeit eines Recurses gegen alle anderen Acte des Criminalgerichtes nicht ausgeschlossen, wie dieß bezüglich des Beschlusses zur Einleitung der Untersuchung ausdrücklich, wie schon oben **ad 2** gesagt wurde, angeordnet ist. Dieß ist um so einleuchtender, wenn man bedenkt, daß das, dem Inquisiten, gegen das, die Untersuchung selbst erledigende, Urtheil zustehende Rechtsmittel, das wichtigste ist, daß dieses das Wesen der Untersuchung selbst angreift, ein eigenes genauer vorgezeichnetes Verfahren erheischt und daher auch die Behandlung in einem eigenen Hauptstücke nothwendig machte. Die übrigen Fälle des Recurses gegen strafrichterliche Verfügungen fallen in die Kathegorie gewöhnlicher Beschwerden, und das Stillschweigen des Gesetzgebers darüber kann eben so wenig als eine Ausschließung derselben betrachtet werden, als dieß bey manchen anderen processualen Normen der Fall ist. So finden wir z. B. im ganzen **II.** Abschnitte des **I.** Thls. des St G. B. keine Normen über die Führung des Einreichungs-Protocolls, des Expedits, über die Form der Correspondenz der Criminalgerichte, ja selbst einer der wichtigsten Gegenstände des Strafprocesses, der in der Praxis sich vollständig ausbildete, nämlich die Trennung der Voruntersuchung von der Hauptuntersuchung (General- und Specialuntersuchung) ist in dem Gesetze kaum angedeutet, während doch an dem Bestehen dieser Vorschriften und deren genauen Befolgung Niemand zweifelt.

Kann man aber überhaupt, wie oben **ad a** gesagt wurde, das Recht der Beschwerde im Allgemeinen gegen jede richterliche Bedrückung nicht läugnen, und will bloß den effectum suspensivum in Abrede stellen, so muß man erwägen, daß gerade dadurch das ganze Recht der Beschwerde auf Nichts reducirt wird. Was nützt denn dem armen Untersuchten seine Beschwerde, was nützt es ihm, wenn der Richter zur Verantwortung und Strafe gezogen wird,

wenn er die zuerkannte Züchtigung schon empfangen hat? Der größte Theil solcher Gemißhandelter wird sich gar nicht mehr beschweren, weil sie theils denken, sie werden gegen den Inquirenten nichts ausrichten, theils aber auch nach einmahl überstandener Qual kein Interesse daran haben, ob derselbe eine Rüge erhält oder nicht. — Überdieß gibt es Fälle, wo die Frage selbst, ob eine Ungehorsamsstrafe Platz zu greifen hat oder nicht, streitig ist, und die Entscheidung auf einer bloßen Meinungs-Verschiedenheit beruht. Hier hätte der Recurs eine günstige Folge für den Untersuchten haben können, während nach der Hand die Beschwerde, nicht einmahl eine Rüge, sondern höchstens eine Belehrung für künftige Fälle an den Inquirenten zur Folge hat. — Kurz — ein solches Beschwerderecht ist Keines, weil es für den Beschwerdeführer keine Wirkung hat, und dieser steht dem Inquirenten ganz schutzlos gegenüber, wenn ihm in solchen Fällen, wo es sich um die Zufügung unersetzlicher Nachtheile handelt, kein Recurs cum effectu suspensivo zusteht!

ad b. Diese Bedenklichkeit, daß durch ein zu ausgedehntes Recursrecht die Untersuchungen ins Unendliche verzögert würden, verschwindet, wenn man einerseits bedenkt, daß der Untersuchte selbst bey dem rascheren Fortgange der Untersuchung am meisten betheiliget ist, anderseits aber ein Recurs mit hemmender Wirkung nur in jenen Fällen Platz zu greifen hat, wo es sich um die Zufügung von Übeln handelt, welche unersetzliche Nachtheile nach sich ziehen, wie dieß insbesondere bey unserem Fragegegenstand der Fall ist.

ad c. Es ist ganz irrig, wenn man glaubt, der Untersuchte sey durch die gegen die Ausartung der richterlichen Gewalt angedrohten Strafen, und die eingeführten Controllsmaßregeln, schon hinlänglich gegen jede Gewaltthätigkeit geschützt. Denn abgesehen davon, daß Actuar und Beysitzer nicht immer so sind, wie sie seyn sollen, daß sie häufig bloße Maschinen sind, die dem Richter blindlings gehorchen, so gibt es ja, wie schon ad a gesagt wurde, Fälle genug, wo das Gesetz von dem Richter nicht geradezu verletzt, aber von ihm irrig ausgelegt wird, und wo ein Recurs keine anderen Folgen als die Aufhebung des richterlichen Beschlusses hat. Was nützt nun diese, wenn der Inquisit schon seine Züchtigung erhalten hat? Überhaupt aber, ist es nicht weit besser und zweckmäßiger, einem Übel

vorzubeugen, als dessen Eintreten durch nachfolgende Strafen hintanzuhalten? Ein erlittener Stockstreich kann dem Manne von Ehre durch keinen Schadenersatz, und bestünde er in Tausenden, vergütet werden! Warum sollte daher nicht der Gesetzgeber sich lieber durch den gestatteten Recurs die Gewißheit von der Rechtmäßigkeit der verhängten Züchtigung verschaffen, als der Möglichkeit Raum geben, daß eine schon an sich so bedenkliche Strafart mit einer so nachhaltigen Wirkung, gesetzwidrig, etwa gar an einem Unschuldigen vollzogen werde.

Endlich **ad d.** Wird die Ungehorsamsstrafe durch den gegen ihre Zufügung gestatteten Recurs nichts an ihrer Kraft verlieren; indem ja der Untersuchte sogleich erfährt, welche Strafe er verwirkte. Daß dieselbe erst nach erledigtem Recurse vollzogen wird, entzieht ihr nichts an ihrer Kraft, sonst müßte jede Strafe, gegen welche dem Verurtheilten noch ein Rechtsmittel offen steht, wirkungslos seyn. Eine Compromittirung des Richters ist aber offenbar durch die Gestattung des Recurses gar nicht denkbar. War die Verfügung des unteren Richters gerecht und gesetzlich, so wird sie das Obergericht auch bestätigen, war sie aber gesetzwidrig, so liegt in der gesetzmäßigen Abänderung keine Compromittirung. Eine irrige Auffassung des Vorfalles aus den Acten von Seite des Obergerichtes wird aber niemahls Statt finden, wenn nur der Inquirent Sorge trägt, daß das Geschehene treu und umständlich genug in das Verhörsprotocoll aufgenommen wird. Im entgegengesetzten Falle trägt wieder nur dieser selbst die Schuld, wenn der obere Richter sein Erkenntniß nach der Actenlage abändert. Es ist daher nie zu besorgen, daß durch den Recurs irgend eine nachtheilige Folge für das Verfahren eintreten werde [1]).

---

[1]) Von der behaupteten Suspensivkraft des Recurses sind aber die in manchen Fällen nothwendigen Vorsichtsmaßregeln wohl zu unterscheiden, wenn daher z. B. ein Inquisit sich im Verhöre so unbändig beträgt, daß er sogar gegen die Person des Inquirenten Gewalt gebrauchte, so wird die Vorsicht, ihn bey den folgenden Verhören gefesselt vorzuführen, ganz begreiflich, keinen Aufschub erleiden, wohl aber die Zufügung einer nach §. 365 des I. Thls. des St. G. B. wegen solcher Gewaltthätigkeit zuerkannten Züchtigung, wenn der Beschuldigte dagegen den Recurs ergriffen hat.

III.

Kann im Falle des §. 344 des II. Theils des St. G. B. die wegen Ungehorsam zu verhängende Arreststrafe auch durch körperliche Züchtigung verschärft werden?

Der §. 344 des II. Thls. des St. G. B. lautet folgendermaßen: „Dafern entgegen der Verhörte eine Frage zu beantworten sich „weigerte, oder durch offenbar, aus bewiesenen Umständen, oder „seinen früheren Antworten hervorleuchtende Unwahrheit, die Un„tersuchung nur zu verzögern, oder irre zu führen suchte; soll mit „ihm nach Vorschrift des §. 330, jedoch mit Verschärfung des Ar„restes vorgegangen werden¹)."

Unter den Verschärfungsarten des Arrestes ist aber im §. 19 des II. Theils des St. G. B. auch die körperliche Züchtigung aufgeführt, und es fragt sich daher, ob auch diese in dem Falle des §. 344 eintreten könne!

Ich bin der Meinung, daß der Arrest in diesem Falle durch körperliche Züchtigung nicht verschärft werden könne, und glaube zur Begründung meiner Ansicht Folgendes anführen zu können:

Der §. 344 des II. Thls. des St. G. B. spricht nur im Allgemeinen von einer Verschärfung des Arrestes, ohne irgend eine Art derselben speciell namhaft zu machen, oder sich auch nur auf eine andere gesetzliche Bestimmung zu beziehen. Auf welche Weise überhaupt der Arrest verschärft werden könne, bestimmt zwar der §. 19 des II. Theils des St. G. B. — Allein, ein Blick auf diesen Paragraph belehrt uns schon, daß offenbar nicht alle darin bezeichneten Verschärfungsarten auch im Falle des §. 344 des II. Thls. anwendbar sind; denn wir sehen darunter Strafarten, wie z. B.

¹) Der §. 330 lautet: „Weigerte er sich, die an ihn gestellten Fragen „zu beantworten, oder wären seine Antworten Ausflüchte, die zur „Sache nicht gehören, so ist die Anfangs gegebene Ermahnung, „mit beygebrachter Bedrohung des Arrestes, zu wiederhohlen. Be„harrt er noch ferners bey seinem Betragen, so ist er so lange mit „Arrest zu bestrafen, bis er selbst um Verhör ersucht, und gehörige „Antwort zu geben verspricht."

die öffentliche Ausstellung, die öffentliche Gemeindearbeit, von deren Anwendbarkeit für den Fall der Frage zu sprechen, gewiß Niemanden beyfallen wird. Es muß sonach als ausgemacht angesehen werden, daß die einzelnen Strafverschärfungen des §. 19 im Falle des §. 344 nur in so weit anwendbar sind, als sie mit der Natur des Untersuchungsarrestes vereinbar sind. Von der körperlichen Züchtigung, der Art und Weise ihrer Verhängung und den Fällen, wo sie als Strafverschärfung angewendet werden darf, finden wir im Gesetze keine Spur, und es muß daher mit Grund behauptet werden, um der Willkühr des Richters eine gesetzliche Schranke zu ziehen, daß dieselben Beschränkungen, welche bey der Anwendung dieser Strafe als Hauptstrafe gelten, auch bey deren Verhängung als Nebenstrafe nothwendig Platz greifen müssen.

Von der körperlichen Züchtigung als Hauptstrafe handeln aber nur die §§. 15 und 16 des II. Thls. des St. G. B., von denen der erstere die Subjecte benennt, auf welche, und den Grund, aus welchem diese Strafart Anwendung findet, und der zweyte das Maß und die Art der Vollziehung festsetzt.

Betrachten wir nun den §. 15 seinem einfachen Wortlaute nach, so ist eine Mißdeutung desselben, bey der besonders klaren Weise, wie sich der Gesetzgeber hier ausgedrückt hat, fast unmöglich.

Der §. 15 lautet: „Die Strafe der körperlichen Züchtigung „wird nur bey dem Dienstgesinde, den Handwerksgesellen und denjenigen Volksclassen angewendet, die ihren Unterhalt von Tag zu „Tag erwerben, denen also ein Arrest von wenigen Tagen in ihrem „Erwerbe und dem Unterhalte der Ihrigen Schaden bringen würde.“

Aus dieser Anordnung geht hervor, daß nach dem Sinne unseres St. G. die körperliche Züchtigung in der Regel bey schweren Polizey-Übertretungen gar nicht Platz greift, sondern nur ausnahmsweise bey gewissen Personen als Surrogat der Arreststrafe in Anwendung zu bringen sey.

Der Grund, warum diese Strafart nur an Individuen der minderen Volksclassen vollzogen werden soll, liegt daher, nach dem klaren Worte des Gesetzes, nur in einer schonenden Rücksicht für die Erwerbsfähigkeit derselben, keineswegs aber in der Betrachtung, als ob selbe mindere Beachtung von Seite des Gesetzgebers verdienten, oder als ob ihnen weniger Ehrgefühl als den anderen Classen zuge-

schrieben wurde. Diese deutlich ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers ist daher auch die einzige richtige Cynosur für die Bestimmung des Ausnahmsfalles, wann im Verfahren wegen einer schweren Polizey-Übertretung eine körperliche Züchtigung Platz greifen kann. Dieser Fall ist sonach bloß subjectiv durch die persönliche Eigenschaft des Untersuchten bedingt:

Derselbe muß nämlich a) zu jener Volksclasse gehören, welche ihren Unterhalt von Tag zu Tag gewinnt, und welchem daher b) auch eine kürzere Arreststrafe in seinem Erwerbe oder dem Unterhalte der Seinigen Schaden bringen würde. — Daraus folgt:

1. Daß die körperliche Züchtigung niemahls gegen Personen aus anderen Ständen, welche nicht vom täglichen Erwerbe leben, und

2. auch gegen diese Individuen nur dann und deßhalb Platz greifen könne, weil eine Freyheitsstrafe ihnen an ihrem Erwerbe oder dem Unterhalte ihrer Familie hinderlich wäre.

Ganz übereinstimmend mit diesen, aus dem §. 15 des II. Thls. des St. G. B. resultirenden Grundsätzen, ist auch die Anordnung des §. 23 lit. b. des II. Thls. des St. G. B., welcher verfügt, daß, wenn durch die Dauer des gesetzlich bestimmten Arrestes die Erwerbung des Sträflings oder seiner Familie in Verfall, oder doch in Unordnung gerathen könnte, die dauernde Strafzeit abzukürzen, und an ihre Stelle, nach Umständen der Person und der Leibesbeschaffenheit, schwere Arbeit, körperliche Züchtigung oder Fasten zu setzen sey.

Auch aus dieser gesetzlichen Bestimmung geht abermahls klar hervor, daß bey Personen, welche nicht in die im §. 15 erwähnten Volksclassen gehören, auch bey der gesetzlichen Abkürzung der Arreststrafe keine Züchtigung, sondern eine andere Verschärfung zu substituiren sey! [1]).

---

[1]) Außer allem Zweifel aber wird die Richtigkeit dieser legislativen Grundsätze durch das Hofdecret vom 19. September 1818, Zahl 18.784 gestellt, welches über die Anfrage, ob auch Söhne der Besitzer von Bauerngütern oder von Kleinhäuslern mit Stockstreichen gezüchtiget werden können, nachstehende Weisung erläßt:

Über eine Anfrage: ob auch Unterthanssöhne bey begangenen

Wenn nun aus allen diesen gesetzlichen Anordnungen hervorgeht, und auch bisher weder in der Theorie noch in der Praxis bezweifelt worden ist, auf welche Individuen und aus welchem Grunde die Gesetzgebung die Verhängung einer körperlichen Züchtigung als Hauptstrafe bey schweren Polizey-Übertretungen beschränkt wissen will, so kann es keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, daß die gleiche Beschränkung auch bey deren Verhängung als Nebenstrafe Platz zu greifen hat.

Dieß erhellet noch zweifelloser aus folgenden Bemerkungen:

1. Die Gründe, welche für die Beschränkung dieser schon an sich sehr bedenklichen Strafart als Hauptstrafe sprechen, treten min-

---

schweren Polizey-Übertretungen mit Stockstreichen gezüchtiget werden dürfen, hat die k. k. Hofkanzley Folgendes entschieden:

Wenn in dem §. 15 des II. Thls. des St. G. B. gewisse Classen genannt sind, bey denen die körperliche Züchtigung Anwendung findet, so deutet dieses keineswegs auf Geringschätzung dieser, und auf Begünstigung anderer nicht dort erwähnter Classen, sondern der Geist des Gesetzes beabsichtiget offenbar eine schonende Rücksicht gegen Erstere. Dieß zeigt auch bestimmt der Schluß des §. 15, wo es heißt, daß die körperliche Züchtigung darum bey jenen Classen zu verhängen sey, weil ein Arrest, auch von wenigen Tagen, ihren eigenen Erwerb und den Unterhalt der Ihrigen benachtheiligen würde. Nach dieser Ansicht und nach den Bestimmungen des §. 15 unterliegen Bauern- und Kleinhäuslersöhne, wenn sie in dem Falle sind, ihren Unterhalt von Tag zu Tag zu erwerben, ohne Anstand der körperlichen Züchtigung. Was weiters jene Bauern- und Kleinhäuslersöhne betrifft, welche ihren Unterhalt nicht außer dem väterlichen Hause erwerben, sondern von ihren Eltern unterhalten werden, und um die es sich hier eigentlich zu handeln scheint, so sind solche im väterlichen Hause lebende Söhne vollkommen dem Dienstgesinde gleichzustellen, da sie gleich diesem, die im Hause und in der Wirthschaft vorfallenden Arbeiten gegen Abreichung des Unterhalts, worin auf dem Lande der Lohn meistens besteht, verrichten. Überdieß hat die Anwendung der körperlichen Züchtigung statt der Arreststrafe bey dem Dienstgesinde, vorzüglich den Dienstgeber im Gesichte, um ihm das Gesinde, dessen er bedarf, nicht zu entziehen, denn der Bauer oder Kleinhäusler würde durch die Entziehung seiner zum Wirthschaftsbetriebe verwendeten Söhne nicht minder, wie andere Dienstgeber, ja oft sogar noch mehr als diese gestraft seyn, wenn es sich eben um dringende, auf eine bestimmte Zeit beschränkte Arbeiten handelt.

bestens in gleichem Grade auch bey deren Anwendung als Nebenstrafe oder Strafverschärfung ein, und es wäre nicht abzusehen, warum der weise Gesetzgeber, der dieses Strafübel in der Regel bey schweren Polizey-Übertretungen, als minderen Straffällen, als selbstständige Strafe nicht zulassen wollte, selbe dennoch als Strafverschärfung bestehen lassen sollte.

2. Wäre sonst die ganze beschränkende Verfügung des §. 15 des II. Thls. des St. G. B. bloß illusorisch, und könnte von dem Richter beliebig umgangen werden. Wollte er nämlich eine Person, welche nach §. 15 ihrer Subjectivität gemäß mit einer körperlichen Züchtigung als Hauptstrafe nicht belegt werden kann, dennoch züchtigen lassen, so bedürfte es bloß der Verhängung einer 24stündigen und noch kürzeren Arreststrafe, um nach Herzenslust Stock- oder Ruthenstreiche beyfügen zu können, was die in der Regel alternativ angedrohten Strafarten leicht möglich machen. Endlich

3. Ist im §. 19 des II. Thls. des St. G. B., wo von der Verschärfung der Arreststrafe durch Züchtigung die Rede ist, gar keine Bestimmung, weder über die Art des Vollzuges, noch über das Maß derselben enthalten. Will man daher nicht annehmen, daß der §. 19 seine Erklärung und Vervollständigung in dem ganzen Umfange der §§. 15 und 16 des II. Thls. des St. G. B. zu suchen habe, so würde man behaupten, die Züchtigung sey als Strafverschärfung an kein Maß und Ziel gebunden, was doch Niemandem beyfallen wird.

Es scheint sonach keinem Zweifel zu unterliegen, daß auch die Verschärfung des Arrestes durch Züchtigung nur dann gesetzlich Statt finden kann, wenn die oben bemerkten, in der subjectiven Eigenschaft des Untersuchten begründeten Bedingungen eintreten.

Wenden wir uns nun zur Anordnung des §. 344 des II. Thls. des St. G. B., so finden wir dort die Verfügung, daß, wenn der Verhörte durch Verweigerung der Antwort, oder durch erwiesene Lügen die Untersuchung zu verzögern, oder den Richter irre zu führen sucht, gegen ihn nach Vorschrift des §. 330 des II. Thls. des St. G. B. (d. h. mit Arreststrafe), jedoch mit Verschärfung derselben vorzugehen sey. Sollte diese auch in körperlicher Züchtigung bestehen können, so müßten die Bedingungen des §. 19, oder wie eben gezeigt, des diesen §. supplirenden §. 15 eintreten, d. h. der Verhörte müßte eine solche Person seyn, welche ihren Erwerb von

einem Tage zum anderen zu suchen hat, und durch die längere Anhaltung an ihrem oder der Ihrigen Erwerbe Nachtheile zu besorgen hätte. Wenn nun auch die erste Bedingung eintritt, so kann doch von der zweyten keine Rede seyn. Der Verhörte muß in diesem Falle verhaftet werden, und sein Verhaft hat, gemäß §. 330 des II. Theils des St. G. B., so lange zu dauern, bis er selbst um Verhör bittet und ordentliche Antwort gibt, oder von seiner Lüge absteht, oder, wie es sich von selbst versteht, bis seine Untersuchung und Strafzeit vorüber ist. Hier kann durch die hinzugefügten Streiche eine Abkürzung des Arrestes nicht Statt finden, weil deren Dauer von anderen Umständen abhängig ist. Es fällt daher der Grund und die Bedingung, unter welcher der Gesetzgeber die Anwendung dieser Strafart im Verfahren bey schweren Polizey-Übertretungen gestattet, und damit deren Rechtmäßigkeit, weg.

Man könnte vielleicht dagegen einwenden, daß gerade bey diesen Personen auch im gegenwärtigen Falle diese Strafverschärfung Platz greifen könne, weil sie wirksamer sey als andere, und daher eher ein legales Benehmen, und somit auch eine Abkürzung des Arrestes erwarten lasse, was gerade dem Geiste des Gesetzes entspricht.

Allein, abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle keineswegs jederzeit und bey jedem Individuum die körperliche Züchtigung gerade nothwendig, als das intensivste Mittel zur Erlangung des Untersuchungszweckes, und daher als Abkürzung des Arrestes, erscheint; abgesehen ferner davon, daß man ja in vorhinein gar nicht wissen kann, welche Wirkung die Züchtigung auf den Verhörten machen, und ob sie daher als Surrogat des Arrestes erscheinen werde; muß vielmehr die Unzulässigkeit dieser Strafanwendung aus Folgendem evident werden:

1. Der §. 15 bildet die Regel, daß bey schweren Polizey-Übertretungen keine körperliche Züchtigung Platz greife. Die darauf folgende Ausnahme muß daher strenge interpretirt werden, und läßt keine erweiternde Erklärung zu, daher auch in unserem Falle die strictere Erklärung des Gesetzes als die richtigere erscheint.

2. Der im §. 330 und 344 des II. Thls. des St. G. B. erwähnte Arrest ist kein eigentlicher Straf-, sondern ein Untersuchungsarrest. Wird derselbe auch als Ungehorsamsstrafe angesehen,

so ist er doch keine Strafe für die begangene schwere Polizey-Übertretung, da diese erst untersucht wird.

Der §. 19 des II. Thls. des St. G. B. spricht aber von den Verschärfungen des wegen einer verübten schweren Polizey-Übertretung verhängten Strafarrestes. Es ist sonach klar, daß die dort bezeichneten Strafverschärfungsarten hier nur in so weit Platz greifen können, als nicht andere gesetzliche Bestimmungen im Wege stehen.

3. Würde man der körperlichen Züchtigung im gegebenen Falle Statt geben, so käme man in eine unvermeidliche Collision mit den übrigen Bestimmungen des Strafgesetzes. Denn die §§. 19 und 344 enthalten keine Bestimmung über das Maß dieser Verschärfung. Selbe ist im §. 16 zu suchen. Es könnte daher, wenn man selbe einmahl für zulässig erklärt, kein anderes Maximum als jenes des §. 16 von Fünf und Zwanzig Streichen angenommen werden.

Daß aber der Gesetzgeber ein solches Maximum gestattet habe, ist unglaublich, da selbst im Criminalprocesse, gemäß §. 365 des I. Thls. des St. G. B., wegen lügenhaften oder ungestümen Benehmens nur eine Strafe von höchstens zwanzig Streichen Platz greifen darf.

Da nun der Gesetzgeber hierüber gar nichts verfügte, und doch auch gewiß der richterlichen Willkühr kein so weites Feld offen lassen wollte, so muß mit Fug angenommen werden, daß er diese Verschärfungsart des Arrestes gar nicht angewendet wissen wollte.

Endlich müssen wir noch einer Einwendung begegnen, welche ein erhebliches Gewicht für die entgegengesetzte Ansicht bildet.

Sie liegt in der Verordnung der niederösterr. Regierung vom 9. May 1821, Z. 10,725, welche erklärt, daß im Falle des §. 344 des II. Thls. des St. G. B. der Arrest auch durch körperliche Züchtigung verschärft werden könne[1]).

[1]) Siehe Kudler's Erklärung des Strafgesetzes über schwere Polizey-Übertretungen — 2. Bd., 5. Auflage, Seite 121. — Der würdige Commentator bespricht zwar den gegenwärtigen Fragegegenstand nur mit wenig Worten, scheint sich aber doch der hier erörterten Ansicht anzuschließen.

Der Text der gedachten Regierungsverordnung ist folgender: „Wenn der zu Untersuchende durch hartnäckiges Läugnen (?) und durch Unwahrheiten die Untersuchung zu verzögern sucht, so kann der Arrest während der Untersuchung nach §. 344 auch mit Züchtigung verschärft werden.“

Allein diese Verordnung scheint offenbar nur eine Entscheidung einer speciellen Anfrage zu enthalten, und bildet keine Norm für andere Fälle. Dieß erhellet schon aus der unbestimmten, und zum Theile selbst dem Worte des Gesetzes nicht entsprechenden Textirung derselben, wornach, wenn man selbe, ohne auf den wahrscheinlich zu Grunde liegenden speciellen Fall zu reflectiren, als Norm aufstellen wollte, sogar die gewiß ganz irrige, und noch von Niemandem behauptete Ansicht geltend gemacht würde, daß auch wegen bloßem, hartnäckigen Läugnen, Züchtigung, sonach eine reine Folter bey geringfügigen Übertretungen Statt finden könnte — ein Zwangsverfahren, welches selbst dem strengeren Criminalprocesse, Dank den lichtvollen Ansichten unserer humanen Gesetzgebung, fremd ist!

Es bleibt daher, um diese Regierungsverordnung nicht mit den ersten Grundsätzen unserer Strafgesetzgebung in offenen Widerspruch zu bringen, nichts Anderes über, als, wie es auch gewiß der Fall seyn wird, selbe bloß als Entscheidung irgend eines speciellen Falles zu betrachten, deren Legalität zu beurtheilen, die Theorie weder berufen ist, noch auch, aus Abgang der Kenntniß des wahren Sachverhaltes, darüber abzusprechen sich in der richtigen Lage befindet.

Übrigens sind Entscheidungen der Landesbehörden ohnehin nur für die speciellen Fälle und die Provinz verbindlich, für welche sie erlassen wurden; daher von einer allgemeinen Gültigkeit dieser Verordnung keine Rede seyn kann. — Wünschenswerth wäre es jedoch, wenn es bey der Wichtigkeit dieses Gegenstandes der hohen Gesetzgebung gefallen würde, diese Frage um so mehr einer Entscheidung zu würdigen, als nur zu leicht durch Mißbräuche in Anwendung der körperlichen Züchtigung unersätzliche Nachtheile für das Wohl einzelner, oft sogar schuldloser Staatsbürger herbeygeführt werden können.

Civilrechtsfall

als Beitrag zu der Lehre von Versicherungs-Verträgen.

Vom

Herrn Dr. Anton Leopold Dierl,

Hof- und Gerichtsadvocaten, emer. Decan der Wiener jur. Facultät.

In der Gegenwart pflegen größere Darleihen mittelst Actien oder Partial-Obligationen, welche auf den Überbringer lauten, bewerkstelligt zu werden.

Dr. S. hat in dem von Franz Schopf herausgegebenen Archive für Civiljustizpflege, politische und cameralistische Amtsverwaltung, eine sehr interessante Abhandlung über die Beweislosigkeit der über Partialanleihen errichteten Urkunden, und das aus diesen abgeleitete Klagerecht geliefert (2. Jahrgang 1838 Seite 12). Im Gefolge dieser beliebten Darleihensgeschäfte entwickeln sich die verschiedenartigsten Combinationen, welche unsere Gerichtshöfe bereits vielfach in Anspruch genommen haben, und nehmen werden. Eine derartige Combinaton möge hier referirt werden.

Durch ein Großhandlungshaus war ein Anleihen pr. 2,500.000 fl. C. M. für die Zeitdauer vom letzten December 1829 bis letzten December 1854 zu 5% negozirt worden, binnen welcher Zeit die Rückzahlung der ausgestellten Partialobligationen pr. 1000 fl. nach Maßgabe der zu veranstaltenden Ziehungen Statt finden soll. In der Hauptschuldverschreibung, deren vollständiger Inhalt im Abdrucke einer jeden Partialobligation beygefügt war, ist übrigens der Vorbehalt aufgenommen worden, nach eintretenden Um-

ständen eine, die festgesetzten Rückzahlungsquoten übersteigende Capitals-Summe, im Wege der Ziehung zur Abstattung bringen zu dürfen. Im J. 1838 wurde öffentlich bekannt gegeben, daß die gänzliche Tilgung dieses Darleihens bis zum letzten December 1839 erfolgen werde. Schon in der Zwischenzeit war die Zahl der zu ziehenden Partialobligationen vermehrt worden. Dieses Darleihen war bestens accreditirt. E. fand sich bestimmt, einen zwischen ihm und dem Großhandlungshause, welches das Darleihen negozirt hatte, übereingekommenen Pauschalbetrag, — Provision genannt, — gegen dem an Letzteres bar zu entrichten, daß selbes durch die ganze Dauer des negozirten Anleihens nicht nur die richtige Zinsenzahlung für 40,000 fl. in den bezüglichen Partialobligationen, sondern auch das Capital selbst zu dem Curse von 84 garantire, dergestalt, daß das Handelshaus gehalten seyn soll, durch die ganze Dauer des Darleihens, jedes halbe Jahr, also zuletzt am 31. December 1854 die fälligen Coupons (nämlich 40 Stücke a 25 fl.) an E. zu berichtigen, wie auch während der angegebenen Zeitdauer auf sein jeweiliges Verlangen 40,000 fl. in den betreffenden Partialobligationen zu dem besagten Curse zu übernehmen und ihm hiefür 33,600 fl. C. M. zu bezahlen.

Da die Tilgung des Darleihens im J. 1839 vollständig zu geschehen hatte, so hielt sich E. bey dem Umstande, als die erwähnte Garantie des Großhandlungshauses im Hinblicke auf die festgesetzte Dauer des Darleihens um 15 Jahre früher zu erlöschen hätte, und er in Anbetracht der Schwierigkeiten einer gleich sicheren und günstigen Elocirung seines namhaften Capitals, in offenbaren Nachtheil versetzt wäre, für berechtigt, wider dasselbe den adäquaten, auf 15 Jahre entfallenden Theil der von ihm einbezahlten Provision zurückzubegehren.

Ohne dem Urtheile des Lesers vorgreifen zu wollen, folgen zwey entgegengesetzte Ansichten.

I.

E. hat für die geleistete Garantie keineswegs jahrweise bezahlt, noch hat diese sich auf eine bestimmte Anzahl von Jahren erstreckt ohne Rücksicht auf die Dauer des Anlehens selbst; es wurde von E. überhaupt ein Pauschalbetrag bezahlt; durch den Ausdruck, bis zum

31. December 1854" war nur der Zeitpunct angedeutet, bis zu welchem die Garantie zu leisten sey, und zwar, wie sich von selbst versteht, mit Rücksicht auf die Dauer des Anleihens; da diese durch die vollständig geschehene, in der Hauptschuldverschreibung vorbehaltene, frühere Bezahlung aufgehört hat, so ist auch die übernommene Garantie erloschen (§. 1363 a. b. G. B.). Die Grundsätze vom zufälligen Untergange, von Entziehung einer Sache aus dem Verkehre (§§. 880, 1435, 1447) finden keine Anwendung, weil E wußte oder wissen konnte, daß das Recht der früheren Rückzahlung vorbehalten war, und bloß der Zeitpunct hiezu ungewiß geblieben ist.

Das ganze Geschäft ist vermöge seiner Beschaffenheit eigentlich nach den Grundsätzen über Versicherungsverträge zu beurtheilen, wornach der Versicherer für den zufälligen Schaden, der Versicherte für den versprochenen Preis zu haften hat. Letzterer muß nach geschlossenem Geschäfte, da der Versicherer sogleich die Gefahr übernimmt, ob der Unfall künftig eintrete oder nicht, entrichtet, und darf in der Folge nicht zurückgefordert werden, weil dem Versicherten nur das Recht auf Ersatz des allfälligen Schadens zusteht. Daß der gefahrlose Zustand der Sache schon zur Zeit des Versicherungsvertrages dem Versicherer bekannt gewesen, und der Vertrag in so ferne nach §. 1291 für ungültig anzusehen wäre, hiefür liegt weder ein Beweis, noch eine Thatsache vor, welche einen solchen Schluß rechtfertigte. Die Verhältnisse des Anleihens konnten anfänglich und in der Folge einem jeden Theilhaber bekannt seyn, bey voller Beruhigung würde aber weder ein minderer Curs pactirt, noch eine Garantie verlangt worden seyn. Handelte es sich bloß um die bis zu einer gewissen Zeit fortdauernde 5% Verzinsung eines bestimmten Capitales, so hätte das Begehren des E nach §. 919 eingerichtet werden müssen, welchem als Kläger, strenge genommen, der Beweis über den Besitz von 40,000 fl. in Partialen, wie auch über die Anbiethung des bezogenen Capitales zur Verzinsung obgelegen wäre; von einem Schaden auf Seite des E kann jedoch um so weniger die Rede seyn, weil die Partialen sammt Zinsen voll bezahlt wurden, und daher die einbezahlte Prämie vollends entschädigt erscheint.

II.

Der §. 1447 verordnet: Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Anderen keinen Gewinn zieht. Der, bey dem in Rede stehenden Anleihen in der Hauptschuldverschreibung ausgedrückte Vorbehalt der früheren Abstattung muß auf Seite eines jeden Theilhabers für bekannt angenommen worden. Nachdem die Garantie des Großhandlungshauses um 15 Jahre früher erlöscht, als für welche Zeit die Versicherungsprämie entrichtet worden ist, so ist der adäquate Theil hievon wie eine Nichtschuld anzusehen, und deren Rückzahlung folgerecht ebenso in Anspruch zu nehmen, als wenn die Schuldforderung auf was immer für eine Art noch ungewiß ist, oder wenn sie noch von der Erfüllung einer beygesetzten Bedingung abhängt (§. 1434). Das Übereinkommen zwischen E und dem Großhandlungshause ist von der ununterbrochenen Fortdauer des Anleihens bedingt, mit dessen Aufhören sich der Assecurant nicht zum Nachtheile des Assecuraten bereichern darf.

Es hat der §. 1435 in Anwendung zu kommen, dem zu Folge auch Sachen, die als wahre Schuldigkeit gegeben worden sind, der Geber von dem Empfänger zurückfordern kann, wenn der rechtliche Grund sie zu behalten aufgehört hat. Die analoge Berücksichtigung der Vorschriften über den Versicherungsvertrag nach §. 1288 führt der hier vertheidigten Ansicht gleichfalls das Wort. Daß die Rückzahlung vor der festgesetzten Dauer des Anleihens Statt gefunden habe, kann sicher nicht einem Verschulden des Assecuraten beygemessen werden. Es ist nicht zu zweifeln, daß das Großhandlungshaus, welches das Anleihen negozirt hat, sich zu dem Übereinkommen mit E nur deßhalb verstanden habe, weil es für

die sichere Berichtigung des Anleihens nach allen seinen Stadien bedeckt war, weßhalb auf Seite des Assecuranten sich die Gewißheit herausstellt, daß ihm der gefahrlose Zustand des assecurirten Objectes zur Zeit des geschlossenen Übereinkommens bekannt war, letzteres sohin nach §. 1291 nicht für rechtsgültig anzusehen sey. Der Zufall der früheren Rückzahlung, dem Assecuraten gegenüber, hat demnach das Großhandlungshaus zu treffen, welches für die Fortdauer des von ihm negozirten Anleihens die Assecuranz geleistet hat.

Erwiederung,

auf die „Erklärung“ des Herrn Dr. Höpfner in den Nummern 11 und 12 des Jahrganges 1844 der, vom Herrn Dr. Albert Berger in Leipzig redigirten „Preßzeitung.“

Vom

Herrn Dr. J. N. Berger.

Ich habe Herrn Dr. Höpfner's Schrift: „Der Nachdruck ist nicht rechtswidrig,“ die im Februar vorigen Jahres erschien, im Augusthefte der „Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit“ einer umfassenderen Besprechung unterzogen und von meinem Aufsatze, in welchem ich eine neue Theorie über die rechtsphilosophische Bedeutung des Nachdruckes entwickelte, auch besondere Abdrücke machen lassen. Mein Aufsatz war schon im April v. J. bey der Redaction und von dieser zur Censur eingereicht und Herr Dr. Höpfner hatte schon Anfangs September, also nicht erst „post novem menses“ ein Exemplar meiner Schrift in Händen. Aber erst jetzt, nach einem halben Jahre stillen winterlichen Sinnens, rückt Herr Dr. Höpfner wider mich zu Felde. Doch ich fürchte seine logischen Batterien nicht, ich trete nicht, wie Herr Dr. Höpfner in übermüthig guter Laune von einem anderen seiner Bekämpfer in den „sächsischen Vaterlandsblättern“ sagt, „pathetisch, als ein Männlein heran, das alsbald auf der glatten Bahn zu Falle kommt.“ O nein, Herr Dr. Höpfner! ich werde stehen bleiben und Ihnen gerade und fest in's wissenschaftliche Auge sehen, in dem der Geist sich spiegelt, natürlich, wenn er da ist.

Wenig bekümmern mich, der ich fern dem großen literarischen Markte und seinem lauten Treiben in dem deutschen Provinzialwinkel: Wien, lebe, die „sonderbaren Schicksale," welche, wie Herr Dr. Höpfner nicht ohne einige stille Rührung erzählt, seine „anspruchslose kleine Schrift" erfahren. Eben so wenig berühren mich auch all die anderen Kämpfe, die Herr Dr. Höpfner für seine „anspruchslose kleine Schrift" gegen andere Kämpfer bestanden hat. Vielleicht werde ich einst nach Jahren mich an dem erfahrungsreichen Leben des Herrn Dr. Höpfner, wie an Steffen's Selbstbiographie, erlaben können, wenn er darüber, „was Er und seine Schriften erlebten," dem Publicum das Ausführlichere kundgeben sollte. Dießmahl mag der Herr Assessor meine geringe Theilnahme für seine sonstigen Erlebnisse entschuldigen.

Herr Dr. Höpfner war so gütig, dem Publicum der „Preßzeitung" zu sagen, wer ich sey, ja er hat mir am Schlusse seiner Erklärung sogar einen Steckbrief nachgeschickt, in welchem er mit dem sicheren Blicke eines kundigen Naturforschers mich „den dem Junghegelthum entkommenen (?) Geschöpfen unbestimmter Natur" einreiht, als Aufenthaltsort mir einen Sumpf zuweist und sogar auf mein „Futter" zu sprechen kommt. Wie das alles mit der „anspruchslosen kleinen Schrift" des Herrn Dr. Höpfner und mit meiner Beurtheilung derselben zusammenhängt, das zu erklären, hat der Herr Assessor vergessen.

Wen die eigenen schwachen Füße nicht tragen, der stützt sich auf einen Anderen. Schon auf der sechsten Zeile seiner „Erklärung" glaubt Herr Dr. Höpfner mir zu imponiren, indem er sagt, daß „die berühmtesten Rechtslehrer und Publicisten, von denen er vor der Hand nur Mittermaier und Welcker nenne, mit der von ihm vertheidigten, Ansicht einverstanden sind." Umgekehrt, Herr Doctor! Sie haben nachgebetet, was Mittermaier, Welcker und andere berühmte Rechtslehrer und Publicisten vor Ihnen sagten; heißt das, daß diese Männer mit Ihnen einverstanden sind? Und wenn Sie Herr Assessor noch hundert andere Autoritäten anführten, so stelle ich Ihnen, obgleich es mir ein Leichtes wäre, auch für meine Ansicht Autoritäten aufzuzählen, den freyen Gedanken entgegen. Löblicher ist es doch gewiß, es muthig zu versuchen, in das Herz eines Problems zu bringen, wel-

ches bisher den Waffen der Wissenschaft widerstand, als ohne eigene Gedankenkraft träge nachzusagen, was vor uns schon Andere und besser gesagt haben.

Herr Dr. Höpfner meint, man habe, ohne seine Schrift zu lesen oder zu verstehen, Anstoß genommen an ihrem Titel: „der Nachdruck ist nicht rechtswidrig“ und auf diesen Titel hin hätten die „vulgären Literaten“ (Herr Dr. Höpfner erwähnt Gutzkow, Laube, Robert, Heller) ihm zugerufen: „Steiniget ihn!“ Wohl und mit Recht hat man Anstoß genommen. Denn zwischen recht und rechtswidrig gibt es kein indifferentes Drittes und wer als Titel seiner Schrift den Satz drucken läßt: der Nachdruck ist nicht rechtswidrig,“ der darf sich nicht damit entschuldigen, er habe nur sagen wollen, daß sich der Nachdruck mit den Grundsätzen des philosophischen Rechtes nicht bekämpfen lasse. Wollte Herr Dr. Höpfner nur dieß sagen, so hätte er auch dieß schreiben und seine anspruchslose Schrift entsprechend betiteln sollen. Indem er sie aber auf seine Weise betitelte, wurde seine Schrift um so mehr zu einer sehr anspruchsvollen, als ja Herr Dr. Höpfner selbst anführt (§. 1), daß die Nachdrucksfrage neuerlich wieder durch das Zeitinteresse angeregt sey. Sicher aber kann es für die Presse, der gesetzgebenden Gewalt gegenüber, nicht gleichgültig seyn, ob sie von dieser Gnaden zu erbitten oder Rechte zu erwarten hat.

Es ist aber auch gar nicht wahr, daß die Schrift des Herrn Dr. Höpfner auch nur deu Satz beweise, daß sich die Rechtswidrigkeit des Nachdruckes mit den Grundsätzen des philosophischen Rechtes nicht bekämpfen lasse. Dieses Resultat wird ja in der Schrift des Herrn Dr. Höpfner nur inductorisch, nur daraus gefolgert, daß die verschiedenen bisher versuchten Beweisführungen der Rechtswidrigkeit des Nachdruckes nicht gelangen. Keineswegs aber wird der Satz: daß die Rechtswidrigkeit des Nachdruckes unerweislich sey — allgemein und apriorisch deducirt. Der Inductionsbeweis aber ist kein streng wissenschaftlicher Beweis, am allerwenigsten kann jedoch die Philosophie ihre Behauptungen auf Inductionen gründen. Und daß die Beweisführung des Herrn Dr. Höpfner auch nicht den Anforderungen eines indirecten (apa-

gogischen) Beweises entspreche, habe ich bereits in meiner Kritik seiner Schrift dargethan.

Sonach hört aber die Behauptung: die Rechtswidrigkeit des Nachdruckes lasse sich nach den Grundsätzen des philosophischen Rechtes nicht erweisen, vollends auf, auch nur im Geringsten anspruchslos zu seyn. Wer eine solche Behauptung ohne alle Beschränkung aufstellt, behauptet ja nichts weniger, als daß er sich im Besitze der vollendeten Wissenschaft des Rechtes befinde, weil er sonst bescheiden genug seyn müßte, zu erkennen, daß, was der bisherigen Wissenschaft unmöglich war, es nicht auch der künftigen bleiben müsse.

Überhaupt ist das Schönthun mit der „Anspruchslosigkeit" einer Schrift eine literarische Heucheley. Wer als Schriftsteller besonders in einer wichtigen Zeitfrage auftritt, der muß den Anspruch haben, daß seine Meinung als die wahre anerkannt werde, oder daß sie doch die Anerkennung der Wahrheit vermittle, sonst thut er besser seine anspruchslose Schrift ungeschrieben zu lassen. Weit eher will ich mir aber auch „stylistische und philosophische Prätension" und „absprechende Entschiedenheit des Urtheiles" vorwerfen lassen, als daß ich, gleich Herrn Dr. Höpfner, so schwach wäre, zu gestehen, ich hätte, „wie ich nun wohl im Streite der Meinungen Partey nehme, doch keinerley Philosophirmethode und Schule entschieden den Vorzug vor einer anderen gegeben, um dem „Denkungsprocesse (mir wirft Herr Dr. Höpfner schlechten Styl vor, man bewundere seinen!) keine unwürdigen (sic!) Fesseln gelegt zu sehen. Ja schämen sollte sich ein Rechtsphilosoph, sich, wie Herr Dr. Höpfner es thut, zu den Eclectikern zu zählen. Doch zur Ehre des Herrn Dr. Höpfner mag es gesagt seyn, er ist auch kein Eclectiker. In seinem „Denkungsprocesse" findet sich gar kein Denkungsexempel" irgend einer Philosophirmethode, keine Philosophie; sein „Denkungsproceß" ist ganz frey von „unwürdigen Fesseln" der Dialectik, in seinem Geiste flattern die Gedanken lose, er denkt nach, wie ihm Mittermaier, Welker und andere berühmte Rechtslehrer und Publicisten vorgedacht haben und unwürdig wenigstens sind diese Fesseln des Nachdenkens sicher nicht.

Herr Dr. Höpfner belustigt sich über meinen Styl und meine Philosophirmethode; er versichert, ich strebe „dem österreichischen Dialecte" allgemeinere Aufnahme zu verschaffen und die provinzielle Philosophie — um, wie Herr Dr. Höpfner lügt, meine eigenen Worte zu brauchen — zu objectiviren. Hat aber Herr Dr. Höpfner den österreichischen Dialect in meiner Schreibart nachgewiesen? Er verspricht zwar, meine stylistische Größe werde „unten beyläufig" sich ergeben, während sie bey ihm gleich oben, ganz, im „Denkungsprocesse" und später im „Denkungsexempel" in „schöner Bildung" statt: „schönem Bilde" u. s. w. u. s. w. gediegen zu Tage liegt. Allein mein österreichischer Dialect, meine stylistische Größe ergeben sich dem Herrn Dr. Höpfner auch unten so wenig, wie oben, obgleich er in seiner Verwirrung das Unterste nach oben kehrt. Und wie steht es mit der mir angelogenen provinziellen Philosophie? Einmahl wirft mir Herr Dr. Höpfner Junghegelthum, Verlassenheit in ein philosophisches System, dann wieder eine eigene Philosophirmethode und „bequeme Willkührlichkeit" derselben vor! Er gibt vor, daß ich mich als einen Anhänger der materiellen Philosophie, des Dogmatismus und der speculativen Philosophie zumahl, bekenne. Wahrlich! eines solchen Unsinns habe ich mich in meiner Schrift nirgends schuldig gemacht; nur ein seyn wollender Eclectiker konnte in der betreffenden Stelle meiner Kritik (S. 6) ein solches Geständniß finden. Daselbst heißt es nämlich wörtlich: „Der Formalismus hat sein abstractes Princip fertig vor aller Wirklichkeit; mit ihm gerüstet, macht er sich an die Arbeit. Wir aber gehen mit keinem fertigen Princip an die Lösung unseres Problems, wir kennen kein solches Princip, aus dem die untergeordneten Sätze sich bloß durch eine Kette mechanisch aneinander gereihter Syllogismen ergeben. Unser Princip ist für jede einzelne Sache eben nur diese Sache selbst, der in ihr enthaltene und sich entwickelnde Gedanke. Diesen Gedanken aufzufinden und durch ihn die Sache selbst zu entwickeln, die in der concreten Wirklichkeit gebundene Vernunft heraustreten zu lassen, ist unsere Methode." — Ist aber eine Philosophie, die zum bewegenden Princip die Vernunft der Wirklichkeit hat und deren Methode die Dialectik

des Gedankens der concreten Wirklichkeit ist, Materialismus und Dogmatismus? Ist ein solches, die Idee mit der einzelnen Wirklichkeit unmittelbar verknüpfendes, Philosophiren nicht gerade die Synthesis des Nominalismus und Realismus? Doch wozu einem Eclectiker beweisen wollen, was nur derjenige begreifen kann, der die Richtigkeit des Eclecticismus erkannt hat?

Es gehört zu den, der literarischen Polemik unwürdigen Kniffen, seinen Gegner Dinge sagen zu lassen, die dieser nicht geschrieben hat. Daß Herr Dr. Höpfner es mit solchen Andichtungen nicht sehr genau nehme, davon liegen schon in dem Gesagten zureichende Beweise. Aber Herr Dr. Höpfner möchte auch gerne eine logische Volte schlagen, mich eines Widerspruches mit mir selbst zeihen. Da nun ein solcher Widerspruch, wie ihn Herr Dr. Höpfner gerade braucht, in meiner Kritik selbst nicht zu finden ist, so fehlt es Herrn Dr. Höpfner nicht an Geschicklichkeit, ihn auf seine Art hineinzubringen. Er behauptet nämlich, ich hätte selbst mich in meinem Aufsatze (S. 6) für „unfähig" erklärt, ihn zu widerlegen und da ich nun doch auf die Rubrik drucken ließ, ich hätte die Schrift des Herrn Dr. Höpfner „beurtheilt," so hätte ich mich durch diesen Widerspruch selbst Lügen gestraft und „prostituirt." O! wie klug und weise! Nur Schade, daß ich mich nirgends für „unfähig" erklärt habe, den Herrn Dr. Höpfner zu widerlegen, was man diesem schon darum nicht glauben kann, weil ein solches Geständniß mit der von mir ausgesagten Prätension und Entschiedenheit des Urtheiles schlecht zusammen stimmen würde. In der That sind aber auch in meinem Aufsatze S. 6 folgende Worte zu lesen: „Unsere Aufgabe kann es nicht seyn, die Ansichten des Verfassers zu widerlegen, denn eine Widerlegung im eigentlichen Sinne wäre nur innerhalb desselben Systems, dem er angehört, denkbar, wir aber stehen außerhalb dieses Systems. Aber auch der Kampf der Systeme selbst um ihre wissenschaftliche Berechtigung gehört auf ein anderes Gebieth, auf welchem jedoch, so sehr man sich auch dagegen noch hie und da sträuben mag, die Überwindung des Formalismus eine unbestreitbare Thatsache ist." Wo liegt nun aber in diesen Worten ein Bekenntniß der Unfähigkeit den Herrn Dr. Höpfner zu widerlegen? Und ist denn nur die Widerlegung eine Beurtheilung? Ist nicht viel-

mehr die Überwindung der Systeme die höhere Kritik? Wäre denn etwa der Kriticismus durch die speculative Philosophie nicht widerlegt worden, wenn auch die letztere nie eine directe Polemik gegen jenen geführt hätte? Ist das Überschreiten der bisherigen Gränzen, der Aufschwung zu einem höheren Standpuncte, nicht schon durch die That selbst Urtheil, Kritik, wenn auch diese That kein Streit ist? Streit wollte Herr Dr. Höpfner haben. Im Streite freylich liegt Achtung des Gegners, der Überschreitende aber ignorirt den Zurückgebliebenen, dieser ist eben nur der Ausgangspunct der weiteren Entwicklung. Kann ich dafür, daß Herr Dr. Höpfner zurückgeblieben ist, daß er aber doch das Unglück hatte, auf seinem überwundenen Standpuncte über eine Zeitfrage schreiben zu wollen, deren Lösung durch die weiter fortgeschrittene Rechtsphilosophie anders ausfallen mußte, als ihm für seine anspruchslose kleine Schrift erwünscht war? Das ist das Schicksal! habent sua fata libelli!

Herr Dr. Höpfner sucht mich in seiner Erklärung zu widerlegen. Statt aber sogleich auf den Kern meiner Entwicklung einzugehen, erschöpft er seine beste Kraft an Nebendingen. Kein Wunder daher, daß er, bey der Sache selbst angelangt, matt und kampfunfähig ist. Ich habe in meinem Aufsatze (S. 3) nur neben hin und keineswegs in der Absicht, damit einen eigentlichen Beweis führen zu wollen, bemerkt, daß schon in dem humanen Streben der modernen — (wobey Herr Dr. Höpfner Anlaß nimmt witzig zu fragen: „warum nicht ohne weiters modischen?) — Gesetzgebungen, den Schriftstellern, Künstlern und Verlegern durch Gesetze wider den Nachdruck ihre Rechte zu sichern, ein Beweis liege, daß diese Rechte auch schon an und für sich existiren. In dem, diesem Satze von mir hinzugefügten Grunde, daß die Gesetzgebung keine neuen [1]) Rechte erschaffe, sondern nur die Anerkennung ihrer wirklichen Geltung ausspreche und daß es nur die Macht des objectiven wirklichen Rechtes, der Rechtsidee sey, die sich in einem solchen Ausspruche bethätigt, findet Herr Dr. Höpfner „den Geruch jener Schule, welche in der Philosophie mathematische Gewißheiten statuirt und solche mit rücksichtsloser Willkühr sich bildet."

[1]) Herr Dr. Höpfner verbessert: „neue (n)" (?)

Schon diese Ansicht, die Herr Dr. Höpfner über die historisch-speculative Behandlung des Rechtes äußert, zeigt, daß er zu jener Schule wohl wirklich kaum mehr als gerochen hat. Erbaulich aber ist es, wenn er den von mir ausgesprochenen Satz deßhalb „entschieden falsch“ nennt, weil dieß schon vor länger denn Eintausend Jahren Niemandem zweifelhaft gewesen! Ach! guter Herr Doctor! Vor tausend Jahren war Manches nicht zweifelhaft, was jetzt nur noch Kinder und alte Weiber glauben. Unser Jahrhundert allein hat vielleicht ein Jahrtausend widerlegt. Mag man daher vor tausend Jahren docirt haben: **Jus civile aut addit aliquid juri naturali, aut detrahit**, so hat doch, in unseren Tagen wenigstens, die Wissenschaft es erkannt, daß die Gesetzgebung keine solche Addition und Subtraction, daß sie vielmehr, um in dem arithmetischen Gleichnisse fortzufahren, weit eher eine Potenzirung zur Idee des Wirklichen sey. Herr Dr. Höpfner versichert zwar, daß die Gesetzgebung »allerdings« nicht selten solche Rechtsverhältnisse schaffe, die nicht aus der Idee der Menschen hervorgehen, daß sie neue Rechte schaffe. Allein einmahl ist das Wort „allerdings“ kein Beweis. Wer, ferner, gibt denn Gesetze? Sind nicht auch die Gesetzgeber Menschen? Können sie über die Menschheit hinaus? Und hat nicht von jeher die Geschichte Gericht geübt gegen das, was die Willkühr der Menschheit als Recht aufdringen wollte? Wenn Herr Dr. Höpfner mir entgegenhält, daß aus meinem Satze „die vernunftrechtliche Existenz der Rechte wider den Nachdruck“ consequent doch nur erst dann aus der Gesetzgebung zu folgern seyn würde, wenn vor dieser schon die Existenz solcher Rechte ausgesprochen worden wäre, so füge ich nur noch hinzu, daß dieser Ausspruch in der Literatur wirklich vorliegt. Herr Dr. Höpfner führt ja in seiner Schrift selbst an zwey hundert Schriftsteller an, die den Nachdruck behandelten und die Mehrzahl war von jeher bemüht, dessen Widerrechtlichkeit zu erweisen. Ist denn aber die Literatur nicht der mächtigste, allgemeinste Ausdruck des Zeitbewußtseyns? Hätte dieses Bewußtseyn auch bisher weder in der Wissenschaft noch im Gesetze das rechte Wort getroffen, immer bliebe es doch ein Beweis der Existenz jenes Rechtes, nach dessen Anerkennung die Zeit ringt. Das Recht selbst also existirt vor dem Gesetze, es beherrscht die socialen Sphären, wie die Gravitation das Welt-

all, wenn auch noch kein Keppler seine Formel fand. Mein Ausdruck aber, daß die Gesetzgebung die wirklichen Rechte nur sichere, war somit nicht „schlau“ gewählt, wie Herr Dr. Höpfner meint, sondern nur der Natur der Sache entsprechend.

Was nun den von mir geführten Beweis der Widerrechtlichkeit des Nachdruckes betrifft, so hat Hr. Dr. Höpfner unter der Unterschrift: „Das zweyte Denkungsexempel“ meine Entwicklung, jedoch willkürlich abgekürzt und boshaft verstümmelt, und mit zahlreichen Ausrufungs- und Fragezeichen und mannigfaltigen Einschaltungen unterbrochen, in seine Erklärung aufgenommen. Es kann mir wohl nicht zugemuthet werden, mich in eine Berichtigung aller Einzelnheiten einzulassen. Ich muß mich daher begnügen, im Allgemeinen dagegen zu protestiren, daß mir die, auf S. 46 der Preßzeitung mit einem Anführungszeichen („) beginnende, und auf S. 47 eben so damit schließende Stelle, als Text meines Aufsatzes unterschoben werde.

Ich habe die Bedeutung des Nachdruckes zuerst vom Standpuncte des objectiven Rechtes, somit aus der weltgeschichtlichen Bedeutung der Presse, dann von Seite des subjectiven Rechtes, nämlich des concreten Lebens, in welchem der Autor sich bewegt, untersucht, und auf diesem doppelten Wege die Widerrechtlichkeit des Nachdruckes sowohl aus der Idee der Presse, als auch aus der Idee der Autorschaft aufgezeigt.

Dagegen wendet nun Hr. Dr. Höpfner zuvörderst ein, daß ich „den Nachweis des Unterschiedes zwischen dem weltgeschichtlichen Standpuncte und dem Standpuncte des concreten Lebens“ der Einzelnen schuldig geblieben bin. Allein ich hätte wahrhaftig nie geglaubt, daß hierüber, nachdem Hegel seine Philosophie der Geschichte geschrieben hat, noch ein weitläufiger Beweis nothwendig, oder daß insbesondere irgend ein Rechtsphilosoph noch eines solchen bedürftig wäre. Allerdings hat Hr. Dr. Höpfner Recht, wenn er sagt, daß das Leben der Menschheit selbst die Weltgeschichte ist. Eben darum konnte ich aber auch unter dem concreten Leben nicht das Leben der Menschheit, sondern nur das der Einzelnen in der Menschheit, also im Unterschiede von dieser als Totalität, verstehen. Und wenn es daher S. 10 meines Aufsatzes, wo ich von der weltgeschichtlichen Bedeutung der

Presse auf die Bedeutung der Autoren in derselben überging, heißt, daß die Entfaltung der Menschheit in der Geschichte durch die einzelnen Subjectivitäten geschieht, die, von dem Bewußtseyn der Zeit, von der in ihr waltenden allgemeinen Vernunft erfüllt, die Wirklichkeit freythätig fortbilden, so kann über die Bedeutung des Gegensatzes zwischen dem weltgeschichtlichen Standpuncte und jenem des concreten Lebens wohl keine weitere Frage mehr seyn. Das concrete Leben ist die Bewegung der Einzelnen in der Menschheit, es ist das unsichtbare Werden der Weltgeschichte, nicht diese selbst, es ist vergleichbar dem unwahrnehmbaren Wirken der Infusorien, aus deren Panzern, durch die gewaltige Macht des Unendlichkleinen, Continente sich heranbilden. Warum ich übrigens das Leben der Einzelnen in der Menschheit das concrete Leben nannte, ist leicht einzusehen. Denn die Weltgeschichte steht über dem Einzelnen als eine abstracte Macht, natürlich nicht in dem Sinne einer logischen Abstraction, wie man sich denn überhaupt bey den Categorien des Abstracten und Concreten nicht leere Schemen zu denken hat.

Um die weltgeschichtliche Bedeutung der Presse zu zeigen, mußte ich nothwendig auf die Sprache zurückgehen. Ich entwickelte, wie Raum und Zeit sich als Negationen des Wesens der Sprache, die erste allgemeine Form der Verständigung zu seyn, bethätigen und sie zum Dialecte herabsetzen. Was erwiedert mir aber Hr. Dr. Höpfner? Er lehrt mich, daß die Sprache durch Raum und Zeit nicht alsbald in den Dialect, sondern zuvor in die verschiedenen Spracharten, und demnächst erst in den Dialect (soll heißen: in Dialecte) zersplittert werde. Sic! So, Hr. Doctor, wurde denn jene Sprache gesprochen, die noch nicht Sprachart war, weil sie erst später in Spracharten zersplitterte? Das war gewiß jene allgemeine Sprache, nach der Leibnitz vergebens suchte, und die wohl ein Geheimniß des Paradieses geblieben ist. Ist denn eine Sprache denkbar, die nicht schon dadurch, daß sie eine bestimmte Sprache ist, zugleich Sprachart seyn muß? So wenig es ein Obst an sich gibt, sondern nur bestimmtes Obst — Obstarten, als: Äpfel, Birnen u. s. w., so wenig gab es eine Sprache, die durch Raum und Zeit „alsbald" erst in Spracharten zerfiel. Wenn wirklich auf dieser

Erde ursprünglich nur Eine Sprache gesprochen wurde, so war doch selbst diese erste Sprache sogleich schon Sprachart. Es wäre also die Unterscheidung zwischen Sprache und Sprachearten, so wie sie an sich nur ein leeres, formales Schematisiren und ohne reale Wahrheit ist, für mich auch ganz unfruchtbar gewesen.

Noch ergötzlicher aber ist es, wenn Herr Dr. Höpfner den Widerspruch, den die Dialectik der Sprache aus sich selbst heraustreibt, mir zur Last legt. Weil die Sprache ihr Wesen durch den Dialect aufhebt, folglich als Dialect ihrem Wesen widerspricht, sagt Herr Dr. Höpfner, ich widerspreche mir, indem ich diese Bewegung der Sprache denkend verfolge und von ihr aussage. Wie wenig Herr Dr. Höpfner von dialectischer Behandlung der Begriffe versteht, wie naiv er ihr Umschlagen in den eigenen Widerspruch betrachtet, ist schon hieraus ersichtlich. Doch, er geht in seiner kindlichen Einfalt, mir Widersprüche zur Last zu legen, die in der Sache und in ihrer Entwicklung selbst liegen, noch weiter. Wenn ich zeige, wie die Schrift den Dialect negire, aber doch nach dem Wesen der Sprache, der Allgemeinheit unangemessen sey und dieses ihr Wesen wieder negire und wenn ich sohin erst in der Presse das Wesen der Sprache, als verwirklicht darstelle, erwiedert mir Herr Dr. Höpfner, es sey unwahr, daß Schrift und Presse etwas Anderes seyen, als die Sprache, und es sey fehlerhaft, wenn ich die Presse das Organ der allgemeinen Vernunft nenne. Habe ich denn der Schrift und Presse die Eigenschaft, Sprache zu seyn, abgesprochen? Habe ich nicht vielmehr in beyden eine adäquatere Verwirklichung des Wesens der Sprache gefunden, als in dieser selbst? Weiß Herr Dr. Höpfner so wenig von Dialectik, daß ihm nicht einmahl bekannt ist, wie jedes folgende Moment der dialectischen Entwicklung das reichere ist, und alle früheren Momente in sich enthalte? — Daß ich nun endlich aus der weltgeschichtlichen Bedeutung der Presse diese letztere selbst als ein Rechtsinstitut deducire, das wird dem Herrn Dr. Höpfner vollends gar zu bunt und in gerechter Entrüstung über meine Versündigung gegen die traditionellen juristischen Glaubensartikel weiß der Herr Assessor mir Nichts entgegenzusetzen als die Worte: „Nimmer aber bildet die Presse einen Theil des Rechtssystemes und auf

die Bezeichnung als Rechtsinstitut hat sie keinen Anspruch." „Nimmer!" — natürlich dieß Wort ist schlagend. „Nimmer!" ruft Herr Dr. Höpfner, wer darf es wagen, ihm zu widersprechen? Freilich ist Herr Dr. Höpfner schlau. Er sagt, die Presse bildet keinen Theil des Rechtssystemes. Allein die Rechtsphilosophie fragt wenig darnach, ob die Presse einen Theil des Rechtssystemes schon bildet, d. h. ob sie als Rechtsinstitut im Systeme schon anerkannt ist, sondern darum, ob es im Bewußtseyn der Zeit liegt, daß die Presse einen Theil des Rechtssystemes bilden soll? Die Rechtsphilosophie blickt vorwärts, nicht rückwärts, sie ist die Seherin der Zukunft in der Rechtswelt. Wohl hat noch kein Lehrbuch des Civilrechtes die Presse als ein Rechtsinstitut aufgeführt und schwerlich werden bloße Juristen, die bey Rechtsinstituten nur an die Mechanismen zur Durchsetzung der Befugnisse (der subjectiven Rechte) denken, sich mit meiner Erweiterung der Idee eines Rechtsinstitutes einverstanden erklären. Allein vom Standpuncte des objectiven Rechtes erscheinen alle socialen Sphären in ihrer innerlich organischen Gliederung und in ihrer totalen äußeren Continuität durch das Recht bestimmt und somit als Rechtsinstitute. Auch die Bewegung der Presse innerhalb ihrer selbst und in ihrem organischen Zusammenhange mit der Gesammtheit der speciellen Sphären ist daher durch das Recht, als objective Macht gegliedert und die Presse ist somit offenbar auch, wenn gleich nicht bloß, ein Rechtsinstitut. Durch das Veto des Herrn Dr. Höpfner bin ich sonach gewiß nicht widerlegt.

Wie mit allen dialectischen Entwicklungen verfährt Herr Dr. Höpfner consequent auch mit jener, in welcher der Nachdruck als immanente Negative der Presse aufgezeigt wird. Statt meine Deduction im Ganzen aufzufassen, zerfasert er sie in ihre einzelnen Sätze und bemüht sich bey jedem einzelnen auch witzig zu seyn, was ihm aber die Natur gänzlich versagt hat. Wozu sollte es aber frommen, dem Herrn Dr. Höpfner Satz für Satz zu zeigen, daß er meine Schrift nicht verstanden hat? Behauptet er doch das gleiche Mißgeschick mit seiner Broschüre erfahren zu haben und so muß uns das gemeinsame Unglück gegen einander mild und freundlich stimmen. Um aber diesem Mißgeschicke bey jenen Lesern zuvorzu-

kommen, welche meine Entwicklung nur so, wie sie Herr Dr. Höpfner verstümmelt abdrucken ließ, nicht aber in meiner, in dem „Provinzialwinkel“ Wien, gedruckten Kritik gelesen haben, dürfte es zweckdienlich seyn, jene Stelle, in welcher ich den Nachdruck als Negation des — bereits früher erwiesenen — Rechtes der Presse auf freye und unendliche Entfaltung aufzeigte, hier anzuführen. Sie lautet (S. 9) wörtlich wie folgt:

„Die Presse ist ein innerlich, durch die objective Macht des Rechtes, zur freyen und unendlichen Entfaltung berechtigtes Institut. In dieser Berechtigung aber, somit im Wesen der Presse selbst, liegt ein negatives Moment, welches die freye und unendliche Entfaltung der Presse durch sie selbst aufhebt. Es hat also die Presse diese Dialectik an sich, daß freye und unendliche Entfaltung in ihrem Wesen, in diesem Wesen aber zugleich der Keim ihrer eigenen Negation liegt. Als dieses besondere negative Moment bethätigt sich der Nachdruck. Der Nachdruck liegt im Wesen der freyen und unendlichen Entfaltung der Presse. Aber er hat den Widerspruch an sich, zugleich auch die Negative dieser freyen und unendlichen Entfaltung, folglich des Wesens der Presse zu seyn. Denn die schrankenlose Entfaltung des Nachdrucks hebt die freye und unendliche Entfaltung der Presse auf, stört den Proceß des Gesammtdenkens. Die freye Entfaltung wird durch ihn zur willkührlichen, Willkühr aber ist Unfreyheit; die unendliche Entfaltung der allgemeinen Vernunft der Menschheit wird zur endlichen, denn der Nachdruck setzt das materielle Moment der Presse über das geistige, er arbeitet nicht für den neuen Gedanken, sondern nur für den Leib des alten. So liegt im Nachdrucke der Keim der totalen Negative der freyen und unendlichen Entfaltung der Presse, somit der Presse selbst, weil diese ihre wahre Bedeutung eben nur darin hat, das vermittelnde Moment der freyen und unendlichen Entwicklung der Menschheit zu seyn. Die Presse also muß, um sich selbst zu setzen, den Nachdruck, die Negative ihrer selbst, wieder negiren. Es ist der Kampf um das eigene Leben, welchen die Presse gegen den Nachdruck kämpft. Der Nachdruck ist demnach ein in der Entfaltung der Presse unberechtigtes Moment — eine wahre Rechtsverletzung. Wie aber jede Rechtsverletzung sich als solche auch dadurch erweiset, daß sie,

als eine Negative schon begrifflich den Keim ihrer eigenen Aufhebung und Vernichtung in sich trägt und bey characterloser Entfaltung zur tödtlichen Reife bringt, so auch der Nachdruck. Denn der Nachdruck in seiner ungemäßigten Willkühr vernichtet die Presse als Institut der Fortbildung und indem sie durch ihn zuletzt in gänzliche Lethargie versinken muß, entzieht er sich selbst die Nahrung und muß endlich Hungers sterben."

Dagegen bemerkt nun Herr Dr. Höpfner zunächst, daß der Nachdruck nicht der Sohn der Presse, sondern die Presse selbst sey. Aber auch ich habe ja den Nachdruck als die Presse selbst, jedoch als ihre immanente Negative erklärt, in welcher die Presse sich selbst widerspricht. Doch auch den Satz, daß jede Negative den Keim ihrer Vernichtung in sich trägt, hat Herr Dr. Höpfner schlecht verstanden. Denn wenn er mich dagegen auf jene „Selbstständigkeiten" verweist, die wir überall, wo wir um uns schauen, treffen „und die doch die Wirkung der Negative auf eine andere Selbstständigkeit äußern und in dieser Kraftäußerung ihr Leben entwickeln und fortbilden," so vergißt er ja eben nur dieß, daß der Nachdruck keine solche „Selbstständigkeit," daß er nur Negation ist. Allerdings ist jedes Etwas die Negative des Anderen. Allein das Etwas und sein Anderes sind, wie sie Negationen in Beziehung auf einander sind, solche doch nur zugleich, um mit Herrn Dr. Höpfner zu sprechen, als Selbstständigkeiten. Läßt sich dieß aber auch von der Presse und dem Nachdrucke sagen? Ist der Nachdruck auch eine Selbstständigkeit neben der Presse? Ist er nicht vielmehr nur ihre immanente Negative? Und kann man wohl auch umgekehrt die Presse als Negative des Nachdruckes bezeichnen? Sicher nicht. Doch was Herr Dr. Höpfner in seinem herkömmlichen, eingealterten und etwas trägen „Denkungsprocesse" nicht verstehen mag, das fertigt er mit einem: „Es klingt sonderbar" ab.

Wenn Herr Dr. Höpfner gegen meine Beweisführung ferner einwendet, daß nach ihr auch jede neue, unveränderte Auflage des vergriffenen Werkes Nachdruck sey, weil in diesem Falle die Presse ebenfalls nicht neue Gedanken, sondern nur die alten Gedanken wieder bringt, mithin, wie Herr Dr. Höpfner sehr scharf folgert, sich selbst nachdruckt, so beweist diese Spitzfindigkeit nichts, weil sie zu viel beweist. Denn nach der Argumentation des Herrn

Dr. Höpfner wäre nur der erste Abzug und folglich nur ein einziges Exemplar kein Nachdruck. Die Vervielfältigung durch neue Auflagen gehört aber, weit entfernt, Nachdruck zu seyn, gerade zur freyen und unendlichen Entfaltung der Presse, sie ist ein Reizmittel mehr zu gediegenen neuen Productionen, sie wirkt also dem Nachdruck entgegengesetzt, weil dieser die Möglichkeit sich der literarischen Production hinzugeben beschränkt, ja, in seiner Schrankenlosigkeit gedacht, aufhebt. Das Bedürfniß ferner einer neuen unveränderten Auflage ist ein Beweis, daß das neu aufzulegende Werk noch nicht in die ihm entsprechende Allgemeinheit übergegangen ist. Zwar baut auch der Nachdruck seine Rechnung hierauf. Allein während wiederhohlte Auflagen die literarische Kraft potenziren, wird sie durch den Nachdruck deprimirt, erstickt. Von einer neuen Auflage kann man also nicht wie vom Nachdrucke sagen, daß sie nur für den Leib des alten Gedankens arbeite und gerade dieses nur bildet, wie Herr Dr. Höpfner selbst anerkennt, in meiner Theorie eines der characteristischen Merkmahle des Nachdruckes.

Noch weniger hat Herr Dr. Höpfner meine Deduction der Rechtswidrigkeit des Nachdruckes von Seite des subjectiven Rechtes, nämlich aus der Idee der Autorschaft und aus der Bedeutung der Autoren innerhalb der Presse begriffen. Ich habe in dieser Beziehung, nachdem ich zuvor das Wesen eines Werkes und des Autors dialectisch zu entwickeln suchte, gezeigt, daß der Nachdruck nur ein Moment jener Weisen sey, durch welche die Autorschaft, als eine besondere Bestimmtheit der Persönlichkeit, negirt wird. Die vollständige Trias der Negationen der Autorschaft fand ich in dem Plagiate[1]), in dem Nachdrucke mit Ignorirung des Autors. Was erwidert aber Herr Dr. Höpfner auf meine Entwicklung? Er sagt, die Presse werde durch den Nachdruck auf das kräftigste unterstützt, weil er das Werk in noch andere, durch Localität oder Vermögensverhältnisse vorgeschriebene (?) Kreise bringt, als für welche der Autor

[1]) Herr Dr. Höpfner verbessert mich, der ich das Plagiat schreibe, durch: „der Plagiat." Man sagt: das Plagiat — Herr Doctor! Vide: Heinsius Wörterbuch der deutschen Sprachart: „Plagiarius."

und Verleger das Werk bestimmt hatten. Mit diesem, wahrhaftig gar nicht hieher passenden, Grunde mag Herr Dr. Höpfner allenfalls das Gewissen eines Nachdruckers beschwichtigen, aber er kann doch unmöglich glauben, mich damit widerlegt zu haben. Herr Dr. Höpfner will ferner im Nachdrucke deßhalb keine Negation der Persönlichkeit des Autors erkennen, weil, wie er sagt, der Nachdruck seinen Gewinn gerade darin sucht, daß er die fremde Autorschaft anerkennt und dieselbe an der Stirn seines Erzeugnisses, auf dem Titel seiner Exemplare preist. Allein Herr Dr. Höpfner hätte bedenken sollen, daß gerade schon diese Anmaßung über den Namen des Autors und die Willkühr in der Verfügung mit seinem Werke durch dessen Vervielfältigung eine Verletzung der Freyheit des Autors, somit des Wesens seiner Persönlichkeit ist. In die mercantilischen Berechnungen, welche Herr Dr. Höpfner rücksichtlich des Honorars einer zweyten Auflage anstellt, kann ich mich hier nicht einlassen. Mag sich dem Herrn Dr. Höpfner an seiner eigenen Schrift der von ihm aufgestellte Satz bewähren, daß durch die Veranlassung einer zweyten Auflage das Honorar eines Autors öfters erhöht, niemahls dagegen aber verringert werde.

Was ich am Schlusse meines Aufsatzes von dem Übergange der materiellen Vortheile der Autorschaft auf die Familie des Autors nach dessen Tode sagte und die Art, wie ich diesen Übergang einerseits aus der besonderen Stellung des Autors, anderseits aus der Idee des Erbrechtes ableitete, hat Herr Dr. Höpfner, wie so viele Andere, entweder nicht verstanden oder doch nicht verstehen wollen. Ich aber fühle keine Lust mehr, den Herrn Dr. Höpfner hierüber noch des Mehreren zu belehren.

Sollte es Herrn Dr. Höpfner belieben, auf meine gegenwärtige Erwiderung eine neuerliche Erklärung drucken zu lassen, so mag er es thun! Ich gönne ihm die Lust und den Vortheil des letzten Wortes. Auch gebe ich ihm hiermit die Versicherung, daß ich ihn weder zu den Jung- noch zu den Alt-Hegelianern, noch zu den liberalen Geschöpfen irgend welcher Art zähle und weit entfernt bin, auf ihn, wie er auf mich, den Satz anzuwenden: „Ich hasse den Pöbel!“ Nein! Ich bin milder: Ich ignorire sofort den Bedeutungslosen.

Civilrechtsfall

zur Erläuterung der Frage: ob die, in dem §. 439 des a. b. G. B. bestimmte Frist zur Rechtfertigung einer erwirkten Grundbuchs-Vormerkung, eine Fall- oder Verjährungsfrist sey.

Vom

Herrn Dr. Johann Swoboda,
k. k. Bergamtsactuar.

A erwirkte gegen B die grundbüchliche Vormerkung eines Wechselbetrages von 2000 fl. auf dessen Haus, und vor Ablauf der im §. 439 des a. b. G. B. festgesetzten Frist von 14 Tagen, eine weitere von 30 Tagen zur Überreichung der Rechtfertigungsklage.

Noch vor dem Ablaufe der erstreckten Frist wurde über das Vermögen des B der Concurs eröffnet, und der Rechtsfreund des A überreichte bey der Concursinstanz des B die Liquidirungsklage. Das Klagebegehren wurde nur auf die Liquidhaltung der angemeldeten Wechselforderung von 2000 fl. und deren Versetzung in die 2. und rücksichtlich 3. Classe der Gläubiger, keineswegs aber auch um Erkenntniß, die erwirkte Vormerkung sey gerechtfertiget, gestellt. Während des Zuges dieser Liquidirungsklage bath der B'sche Gantmassevertreter um Löschung der von A erwirkten grundbüchlichen Vormerkung des Wechselbetrages von 2000 fl., weil dieselbe innerhalb der erstreckten Frist von A nicht gerechtfertiget wurde. Die Realinstanz ordnete über dieses Gesuch eine Tagsatzung zur Einvernehmung des Gegners an. Es wurde hierüber eine eigene Verhandlung abgeführt, und von der ersten Instanz dem Begehren des B'schen Gantmassevertreters Statt gegeben.

Abgesondert von der eben erwähnten Verhandlung über das Löschungsgesuch entstand ein zweyter Proceß über das Begehren des

A um Einsetzung in den vorigen Stand gegen die verstrichene Frist zur Überreichung der Rechtfertigungsklage.

In seiner Klage führte A an: Die Hinweglassung des Beysatzes: „die erwirkte Pränotirung des Wechsels pr. 2000 fl. für justificirt zu halten“ in der Liquidirungsklage, sey kein wesentliches Gebrechen, weil nach den §§. 438 und 439 des a. b. G. B. nicht ausdrücklich angeordnet sey, das Begehren um Justificirthaltung der Pränotirung ausdrücklich zu stellen, da, sobald die Forderung für liquid erkannt wird, dadurch eo ipso auch die Pränotirung für gerechtfertiget erklärt werde.

Die Liquidirungsklage müsse nach dem Gesetze als die Justificirungsklage angesehen werden.

Wäre dieß jedoch nicht der Fall, so falle dieses Verschulden seinem Rechtsfreunde zur Last, weil er keine weitere Frist zur Justificirungsklage ansuchte, und das Begehren um Justificirthaltung der Pränotirung nicht ausdrücklich in der Liquidirungsklage gestellt habe.

Nach dem Patente vom 1. July 1790 Nr. 35 J. G. S. könne das Verschulden des Rechtsfreundes dem Kläger zu keinem Nachtheile gereichen, auch trete der im Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213 G. S. lit. b. vorgesehene Fall nicht ein, weil in der Zwischenzeit wegen des, über das Vermögen des B eröffneten Concurses keine Vormerkung erwirkt werden konnte, daher auch durch die Wiedereinsetzung Niemandem ein Vorrecht entzogen werde.

Dagegen wurde von dem geklagten C. M. V. excipirt: Zur Überreichung der verabsäumten Rechtfertigungsklage einer] erwirkten grundbüchlichen Vormerkung gebe es eigentlich keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn diese finde nach den Normen der Gerichtsordnung und der Vorschrift des §. 1450 des a. b. G. B. nur bey Versäumnissen im Proceßverfahren und zur Rettung der verlorenen formellen Rechte Statt. Wo durch unterlassene Handlungen materielle Rechte verloren gehen, da greife zur Rettung derselben keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Platz.

Selbst im processualischen Verfahren finde in ähnlichen Fällen, wenn es sich bey dem Versäumnisse nicht bloß um processualische oder formelle, sondern auch um materielle Rechte handelt, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt. So sey in der Praxis noch nicht vorgekommen, daß gegen Die wegen unter-

lassener Rechtfertigung aufgehobenen Arreste und Verbothe, Wiedereinsetzungen angesucht, ertheilt worden und jene neuerlich in Wirksamkeit getreten wären.

Bey Pränotirungsaufhebungen wegen nicht überreichter Justificirungsklage könne eine Wiedereinsetzung um so weniger Statt finden, als dadurch immer die Rechte dritter Personen leiden würden, nämlich jener, die dadurch in dem Grundbuchsstande vorrücken.

Die Wiedereinsetzung wegen mangelhafter Vertretung des Rechtsfreundes bedinge eine processualische Handlung, aus welcher der Partey ein Nachtheil erwachse. Ob aber in der Liquidirungsklage ein Versehen begangen worden oder nicht, entscheide nichts, weil es sich gegenwärtig nicht um die überreichte Liquidirungsklage, sondern um das Versäumniß in Überreichung der Justificirungsklage handle.

Replicando wurde bemerkt:

Nach §. 372 der a. G. O. gebühre dem Verkürzten das Recht der Wiedereinsetzung so oft eine Fallfrist ohne dessen Verschulden verstrichen sey. Die Pränotirungs-Justificirungsfrist sey allerdings eine Fallfrist im Sinne dieser Gesetzesstelle.

Wer würde sich wohl Mühe geben bloß processualische oder formelle Rechte, ohne alle materielle Rechtsfolgen zu gewinnen, somit zum bloßen Vergnügen einen kostspieligen Wiedereinsetzungsproceß abführen? Was wäre die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen neu aufgefundener Behelfe, oder jene wegen schlechter Vertretung des Rechtsfreundes? Heiße es nicht materielles Recht retten, wenn man das bereits verwirkte Recht durch neue Behelfe wieder erlangt?

Daß die Frist zur Überreichung der Rechtfertigungsklage eine Fall- und keine Verjährungsfrist sey, gehe schon aus dem hervor, daß durch die fruchtlose Verstreichung derselben nicht das bedingte Pfandrecht verjährt, sondern nur das Recht zur Überreichung der Justificirungsklage verloren werde.

Daß aber Fallfristen zur Überreichung von Klagen- und anderen Satzschriften, keine Verjährungsfristen seyen, gehe, anderer sich zahlreich aufdringender Gründe gar nicht zu gedenken, schon aus dem einzigen §. 1502 des a. b. G. B. ganz evident hervor, weil die Parteyen sich zur Erstattung der verschiedenen Satzschriften,

mit Ausnahme der Beweisschriften, der Appellations- und Revisions-Anmeldungen und Einreden beliebig längere Fristen als die gesetzlichen zugestehen können, was ihnen aber doch bey eigentlichen Verjährungsfristen schlechterdings nicht gestattet sey.

Auch die Berufung auf die Praxis bey Verbothen und Arresten sey nicht entscheidend. Denn aus dem Umstande, daß derley Restitutionen wegen der besonderen Natur jener provisorischen Fälle nicht vorkommen oder unnütz seyen, folge ja noch keineswegs, daß sie an und für sich nicht zulässig wären. Überdieß gebe es auch keine Auslegung und Ausdehnung der Praxis per analogiam, besonders aber in der Art, daß man einen Fall, den die Praxis, — wie Gegner selbst angeführt, — noch gar nicht entschieden hat, als Norm für einen wirklich zu entscheidenden Fall aufstellen könnte. Nur Gesetze und selbst diese nur mit der größten Vorsicht, gestatten eine analoge Auslegung.

Durch die Wiedereinsetzung würden die nachfolgenden Hypothekargläubiger in ihren Rechten nicht gekränkt, sondern nur in der Erwerbung neuer, nämlich einer besseren Priorität gehindert. Zudem sey die Löschung der erwirkten Pränotirung noch nicht erfolgt, zu deren Verhinderung die Wiedereinsetzung angesucht worden.

Die Vertretung eines Rechtsfreundes umfasse das ganze Benehmen desselben in Bezug auf die ihm anvertraute Streitsache, er mache sich daher eben so gut durch Unterlassungen als durch Handlungen schuldig. Niemand werde zweifeln, daß das Wegbleiben des Rechtsfreundes von der Tagsatzung eine schlechte Vertretung sey und eine Restitution begründen könne.

Duplicando bemerkt der geklagte C. M. B., daß ihm noch kein Fall vorgekommen sey, wo von einem Gerichte zur Überreichung der Justificirungsklage eine Restitution ertheilt wurde.

Oder sollte es denn auch wirklich schon geschehen seyn, daß eine, wegen nicht geschehener Überreichung der Justificirungsklage gelöschte Forderung in Folge eines bewilligten Wiedereinsetzungsgesuches gegen die verstrichene Frist zur Überreichung der Justificirungsklage im öffentlichen Buche wieder zur Gültigkeit und Kraft gelangt und aufrecht bestehend ausgezeichnet worden sey? —

Wenn dieses ganz sicher nicht der Fall seyn könnte, sobald die Löschung schon erfolgt sey; so könne es eben so wenig dann ge-

schehen, wenn die Löschung bereits angesucht, aber noch nicht bewilligt oder vorgenommen wurde; denn durch die nicht geschehene Überreichung der Justificirungsklage habe der Schuldner einmahl das Recht, diese Löschung zu begehren, und der Richter könne ihm selbe nicht verweigern. Ja der Richter sey durch die Gesetze sogar nirgends angewiesen den Gläubiger zu vernehmen, sondern solle nach §. 439 des a. b. G. B. die Pränotation schon auf das bloße Ansuchen des Schuldners löschen, und wenn er eine solche Vernehmung dennoch anordne, so geschehe sie nur zu dem Behufe, ob nicht etwa doch der Gläubiger, wenn auch nicht bey der Realinstanz, so doch bey der Personalbehörde die Justificirungsklage oder ein Fristgesuch überreicht habe, und sich darüber ausweisen könne.

Solle etwa davon die Wirksamkeit des Rechtes des Schuldners auf Löschung einer nicht justificirten Pränotation abhängen, ob dieselbe früher oder später von dem Richter bewilligt werde, und solle, so lange als sie nicht vorgenommen, noch eine Wiedereinsetzung Statt finden, späterhin aber, wenn sie geschehen, nicht mehr?

Welcher Rechtsgrund ließe sich dafür angeben?

Entweder also müsse man, — wenn man behauptet, daß bey Fristversäumungen zur Einbringung der Pränotirungs-Justificirungsklagen eine Wiedereinsetzung Statt findet, diese consequent auch dann noch zugeben, wenn die Löschung wirklich schon geschehen sey, und sonach auch die arge Folgerung anerkennen, daß eine schon gelöschte Satzpost wieder erstehen könne, was mit dem Credite der öffentlichen Bücher im grellsten Widerstreite sey, oder man müsse die ganze gegentheilige Behauptung verwerfen.

Belangend die gegentheiligen Gründe, so spreche der §. 372 der a. G. O. allerdings von Fallfristen überhaupt, jedoch nur von Fallfristen im Processe, d. h. zu den einzelnen in demselben vorkommenden Schritten, welche an solche gebunden sind, nicht aber auch von der Frist zur Überreichung der Justificirungsklage, von welcher in der ganzen Gerichtsordnung und den dazu erflossenen Novellen nicht eine Spur zu finden sey.

Es sey doch jedermann einleuchtend, daß im §. 372 der a. G. O. unter den daselbst genannten Fallfristen nicht eine Frist verstanden seyn konnte, welche erst mehrere Decennien nach dem

Erscheinen der a. G. O. vom Jahre 1781 durch das a. b. G. B. vom Jahre 1811 im §. 439 desselben eingeführt wurde.

Auch die Verjährungsfristen, — zu denen die Frist zur Justificirung einer Pränotation gerechnet werden könne und müsse, — seyen zweifelsohne Fallfristen, indem nach deren Verlauf das Recht nicht mehr ausgeübt werden könne, wem würde es aber einfallen, auf den §. 372 der a. G. O. gestützt gegen verstrichene Verjährungsfristen eine Wiedereinsetzung anzusuchen, und welcher Richter würde dieselbe ertheilen?

Möge man aber hier auch von keiner Verjährung sprechen wollen, so müsse man doch zweifelsohne zugestehen, daß nach den §§. 438, 439 und 453 des a. b. G. B., wenn durch die unterlassene Überreichung der Justificirungsklage binnen der vorgeschriebenen Frist die Bedingung nicht erfüllt wird, man auch des, für den entgegengesetzten Fall vorbehaltenen, Pfandrechtes verlustig oder nicht theilhaftig würde. Wider die Unterlassung der Erfüllung einer Bedingung und den dadurch begründeten Verlust des Rechtes, um das es sich handelt, gebe es nach §. 1450 des a. b. G. B. aber eben so wenig eine Wiedereinsetzung als gegen die Verjährung.

Durch die gewährte Wiedereinsetzung würden die der fraglichen Pränotation nachfolgenden Satzgläubiger allerdings beeinträchtiget, weil ihnen die Vorrückung in eine bessere Priorität benommen würde, und in dem Entgange von Vortheilen, auf welche man ein Recht hatte, ganz sicher auch eine Kränkung bestehe.

Das Gericht erster Instanz hat hierüber mit Bescheid entschieden: die angesuchte Wiedereinsetzung habe nicht Statt und Kläger sey dem Geklagten die Gerichtskosten zu ersetzen schuldig.

Dieses Erkenntniß wurde auf folgende Gründe gestützt:

„Durch die Vormerkung erhielt der Gläubiger ein bedingtes Pfandrecht, welches, wenn er die Forderung auf die gesetzliche Art gerechtfertiget hat, in ein unbedingtes übergeht. (§. 453 a. b. G. B.)

Zu Folge der in diesem §. bezogenen §§. 438 und 439 des a. b. G. B. hat der Gläubiger eine ordentliche Klage zum Erweise seines Rechtes, binnen 14 Tagen (vom Tage der erhalte-

nen Zustellung des Vormerkungsbescheides) einzureichen, und erst wenn er zu Folge richterlichen Ausspruches die Vormerkung gerechtfertiget hat, geht sein bedingtes Pfandrecht in ein unbedingtes über. Eine noch nicht gerechtfertigte Pränotation gibt also nur ein bedingtes Recht, welches nur durch die Erfüllung (oder den Nachlaß) der Bedingung zum unbedingten werden kann, diese Bedingung ist aber (den Fall des Nachlasses derselben ausgenommen) nur durch die Überreichung der Rechtfertigungsklage erfüllbar.

Daß in der Rechtfertigungsklage das Begehren auf Rechtfertigung der erwirkten Vormerkung ausdrücklich enthalten seyn müsse, fließt sowohl aus den vorcitirten §§. des a. b. G. B. als auch aus den damit zusammengehaltenen Vorschriften der a. G. O., wornach die Partey ihr Begehren so genau als möglich zu stellen hat, der Richter aber dem Klagebegehren gemäß erkennen muß, und der Partey nicht mehr zusprechen darf, als sie verlangt. (§§. 8 und 248 a. G. O.)

Es konnte also die einfache Liquidirungsklage, ohne darin auch zugleich ausdrücklich gestelltes Begehren auf Gerechtfertigthaltung der erwirkten Vormerkung, die Stelle der Pränotirungs-Justificirungsklage mit voller Rechtswirkung nicht vertreten.

Der wesentlichste Umstand bey Erledigung der vorliegenden Rechtsfrage ist aber der: daß es, wie der Geklagte richtig bemerkt hat, bey Unterlassung der Überreichung der Pränotirungs-Justificirungsklage während der gesetzlichen oder erweiterten Frist gar keine Wiedereinsetzung gebe, und zwar nicht wider die verstrichene Fallfrist, und nicht wegen schlechter Vertretung des Rechtsfreundes.

Fallfristen sind zu Folge Hfd. vom 8. April 1785 Nr. 406 J. G. S. jene, nach deren Verfließung das eingeräumte Recht erlischt, und eben dasselbe Hofd. erklärt alle Fristen der Gerichtsordnung für Fallfristen.

Nur gegen die Fallfristen der G. O. gibt es eine Wiedereinsetzung (§. 372 a. G. O.), nicht aber auch gegen jene Fristen, welche das a. b. G. B. zur Vornehmung einer gewissen Handlung, bey Verlust des sonst hieraus abzuleitenden Rechtes festgesetzt hat. (§. 1450 a. b. G. B.)

Eine Frist der letzteren Gattung ist aber unstreitig jene zur Überreichung der Pränotirungs-Justificirungsklage, denn die Justificirung, welche im Wege des Richters nur über eine ordentliche Klage bewirkt werden kann, ist eine Bedingung zur Erlangung eines materiellen Rechtes; wird nun diese Bedingung zur gehörigen Zeit und auf die gehörige Art nicht erfüllt; so geht auch das für den entgegengesetzten Fall vorbehaltene materielle Recht, hier das Pfandrecht verloren, oder eigentlich es kommt gar nicht zur Existenz.

Auch die Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung des Rechtsfreundes bezieht sich nur auf jene Rechtsnachtheile, welche einer Parthey durch schlecht geführte processualische Handlungen oder durch Unterlassungen erwachsen sind; sie bezieht sich daher auch einzig und allein nur auf das formelle Recht, z. B. Übersehen wesentlicher und Anbiethung unerheblicher Beweise, Ausbleiben von der Tagsatzung, unterlassene Erstattung der Satzschriften u. d. g. Niemandem würde es aber einfallen eine Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung dann zu begehren, wenn er aus einem, von seinem bevollmächtigten Rechtsfreunde schlecht verfaßten Vertrage im Processe sachfällig geworden ist, weil dieses eine Wiedereinsetzung in Bezug auf materielles Recht wäre, welche nach §. 1450 des a. b. G. B. nicht Statt findet.

In dem gegen diese Entscheidung ergriffenen Recurse wurde vorzüglich geltend zu machen versucht, daß die erstrichterliche Entscheidung mit der Rechtsphilosophie und den klaren Anordnungen des Gesetzes im Widerspruche stehe.

Der Kläger führte an: Das Gesetz nehme keinen jener Gründe aus, aus welchen sonst im Civilprocesse die Wiedereinsetzung begehrt werden könne, daher finde jeder derselben auch im Pränotations-Justificirungsprocesse — der doch nur eine Species des Civilprocesses überhaupt ist — nach dem Gesetze seine Anwendung, und es sey somit schon aus diesem Grunde die erstrichterliche Behauptung falsch, daß bey Unterlassung der Überreichung der Pränotations-Justificirungsklage die Wiedereinsetzung weder gegen eine schuldlos verstrichene Fallfrist, noch wegen

mangelhafter Vertretung des Rechtsfreundes begehrt werden könne.

Die Ansicht, daß das Hofd. vom 8. April 1785 Nr. 406, J. G. S. bloß die Fristen der Gerichtsordnung als Fallfristen erkläre, sey irrig und eben so jene, daß es nach §. 372 der a. G. O. nur wider die Fallfristen der G. O. eine Wiedereinsetzung gebe.

Denn wenn, wie der erste Richter in seinen Entscheidungsgründen geltend macht, das Hofd. vom 8. April 1785 Nr. 406 als Fallfristen alle jene Fristen definirt, deren Wirkung es ist, daß nach ihrer Verfließung das eingeräumte Recht erlösche; so unterliege es ja gerade nach diesem gesetzlichen Begriffe gar keinem Zweifel, daß auch sämmtliche Fristen des a. b. G. B., welche darin nicht ausdrücklich als Verjährungsfristen bezeichnet sind, oder sich als solche ihrer Natur nach darstellen, wirkliche Fallfristen im Sinne des Gesetzes seyen.

Wenn es aber dennoch wider die meisten Fristen des a. b. G. B. keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebe, und nach ihrem Verlaufe das Recht selbst, zu dessen Ausübung sie eingeräumt wurden, unwiederruflich erlösche; so liege der Grund davon keineswegs, wie der erste Richter irrig meine, in dem §. 372 der a. G. O., sondern darin, weil nach dem §. 1450 des a. b. G. B., die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand derzeit nur noch in den zum gerichtlichen Verfahren geeigneten Fällen, und nur aus den in der Ger. Ordnung bestimmten Gründen zulässig sey. Nun könne aber rücksichtlich mancher Rechte, zu deren Ausübung im a. b. G. B. Fristen bestimmt sind, theils gar kein gerichtliches Verfahren eintreten, wie z. B. in den Fällen der §§. 412, 862, 1075, 1141; theils aber bestimme das a. b. G. B. in anderen Fällen, wo wirklich ein Recht binnen einer bestimmten Zeit gerichtlich und insbesondere mittelst einer Klage geltend gemacht werden müsse, daß nach Verlauf dieser Frist das Recht ohneweiters erlösche, ohne daß eine Fristverlängerung zulässig sey, wie z. B. in den Fällen der §§. 156, 158, 159, 933, 936, 967, 982, 1097, 1111, 1321 u. s. w. des a. b. G. B.

Nicht eben so verhalte es sich aber mit der in den §§. 439 und 453 a. b. G. B. bestimmten Frist zur Überreichung der Pränoti-

rungs-Justificirungsklage. Denn zuvörderst könne nicht geläugnet werden, daß jene Frist, wo (wie nach §. 439 a. b. G. B. auch im gegenwärtigen Falle) binnen eines bestimmten, vom Zustellungstage eines Bescheides laufenden Zeitraumes eine Satzschrift — hier eine Klage, die doch gewiß auch eine Satzschrift sey — überreicht werden müsse, eine zum gerichtlichen Verfahren gehörige Fallfrist sey, auf welche daher schon nach dem klaren Wortlaute des §. 1450 a. b. G. B. die processualische Wiedereinsetzung ohne weiters ihre Anwendung finde. Die Frist zur Überreichung der Pränotirungs-Justificirungsklage sey als eine zum gerichtlichen Verfahren gehörige Frist, mit den anderen oben berührten Fristen des a. b. G. B. keineswegs von einerley Art, oder wie sich der erste Richter ausdrücke, von einerley Gattung, weil zur Überreichung der Pränotirungs-Justificirungsklage nach dem Hofd. v. 18. November 1796 Nr. 324 J. G. S. lit. c. wie zu jeder anderen Satzschrift, Fristverlängerungen bey dem Richter angesucht und bewilligt werden können, was bey den anderen Fristen des a. b. G. B. nicht der Fall sey.

In dem von der ersten Instanz über diesen Recurs an das Obergericht erstatteten Berichte wurde vorzüglich herausgehoben, daß dem Hofd. vom 8. Jänner 1795 lit. b. Nr. 213 J. G. S. der vom Recurrenten beygelegte Sinn nicht unterlegt werden könne, weil dadurch dem Credite der öffentlichen Bücher ein mit dem Zwecke derselben im auffallendsten Widerspruche stehender Abbruch gethan würde, indem ein Satzgläubiger nie sicher wäre, ob nicht eine, zur Zeit der Einverleibung seiner Forderung bereits gelöschte Vormerkung aus dem Grunde der erwirkten Wiedereinsetzung gegen die verstrichene Pränotirungs-Justificirungsfrist wieder aufleben, ihn daher um sein Vorrecht oder gar um die ganze Sicherheit bringen könnte.

Die Wirkung des Hfd. v. 8. Jänner 1795 lit. b Nr. 213 J. G. S. wird lediglich auf den Wechsel der Person des Besitzers beschränkt und hinzugefügt, daß nur dieser den Hypothekarrechten der Gläubiger nicht nachtheilig seyn könne.

Aus dem Hofd. vom 18. Nov. 1769 Nr. 324 c lasse sich nur eine Ähnlichkeit mit den Fallfristen, keineswegs die Eigenschaft einer

Fallfrist selbst für den Termin zur Pränotirungs-Justificirungsklage deduciren.

Das Appellationsgericht hatte diesem Recurse aus folgenden Gründen Statt gegeben. Die Frist zur Einbringung einer Vormerkungs-Rechtfertigungsklage gehört allerdings unter die Fallfristen, indem bey der in gesetzlicher Zeit nicht eingebrachten Rechtfertigungsklage dem Gegner das Recht erwächst, die erwirkte Vormerkung ohne weiters löschen zu lassen; der §. 372 der G. O. gestattet sub a die Einsetzung in den vorigen Stand, wenn eine Fallfrist ohne Verschulden der Partey verstrichen ist, daß nun dieser Fall bey dem Einsetzungswerber eintritt, steht wohl außer Zweifel, denn der von dem Kläger begwaltete Rechtsfreund unterließ durch ein sehr auffallendes Versehen in der eingebrachten Liquidirungsklage, in welcher er ausdrücklich begehrte, die pränotirte Wechselforderung und die Pränotirungskosten für liquid zu halten, das Erkenntniß zu begehren, daß auch die Vormerkung für gerechtfertiget zu halten sey.

Der, gegen diese obergerichtliche Entscheidung ergriffene Hofrecurs enthielt, neben Wiederhohlungen der bereits in der ersten Instanz vertheidigten Ansicht, nur die Bemerkung, daß in dem vorliegenden Falle ungeachtet des Patentes vom 1. Juli 1790, Nr. 31 J. G. S. der Recurs Platz greife, weil dieses Patent nur dann in Anwendung treten könne, wenn es sich um eine Fallfrist handle, und die Wiedereinsetzung gegen die fragliche Frist überhaupt zulässig sey, nicht aber in dem Falle, wenn, wie hier, es sich darum frage, ob die in Rede stehende Frist eine Fallfrist sey und ob der Fall einer Wiedereinsetzung überhaupt Platz greife.

Der k. k. oberste Gerichtshof hat mit Hofdecret vom 21. December 1842 Hofzahl 7729 erkannt: die Frist zur Pränotirungs-Justificirungsklage sey eine Fallfrist, und Hofrecurrent wurde daher abgewiesen.

Bestreitung

der Rechtsansicht, daß die Pfandaufhebungs- (Excindirungs-) Klage gegen den redlichen Exequenten nach den §§. 367 und 456 des a. b. G. B. Statt finde.

Von

Herrn Jacob Turnes,
Syndicus und Bezirkscommissär des l.f. Marktes Weißkirchen in der Steyermark.

Herr Dr. Ignaz Wildner Edler von Maithstein hat in dieser Zeitschrift im 6. Bande pag. 468 zu behaupten versucht, daß die Eigenthums- und respective Pfandaufhebungs- (Excindirungs-) Klage gegen den Exequenten, welcher redlicher Weise die von einem Dritten dem executirten Schuldner anvertrauten beweglichen Güter in Execution gezogen und hierauf das gerichtliche Pfandrecht erhalten habe, nach den §§. 367 und 456 des a. b. G. B. nicht Statt finde, und dieser Meinung hat auch Herr Dr. Leopold Schiestl im 10. Band des Juristen pag. 249 im Allgemeinen Beyfall gezollt. Ich bin jedoch der entgegengesetzten Ansicht, und will nun diese hier kurz mit Folgendem begründen:

Das Pfand, in enger Bedeutung als Gattungsbegriff gedacht, zerfällt nach dem a. b. G. B. §. 450 in drey Arten, nämlich in ein gesetzliches, gerichtliches und freywilliges. Diese drey Nebenarten des Pfandrechtes sind sich coordinirt, ihr specifischer Unterschied bestehet in der Verschiedenheit des jeder Species eigenthümlichen Titels und der Erwerbungsart, sie schließen sich daher gegenseitig aus, und sind nicht identisch.

Bey dieser Disjunction der drey Arten läßt sich daher kein richtiger Schluß dahin machen, daß jenes, was bey zwey Arten gesetzlich gelte, auch bey der d r i t t e n A r t stillschweigend als gültig angenommen werden müsse. Dieser Schluß durch Induction ist unvollständig, und bewirkt die Überzeugung nicht, daß der Gesetzgeber die bey der gesetzlichen und freywilligen V e r p f ä n d u n g beweglicher Sachen in den §§. 456 und 1101 des a. b. G. B. statuirte A u s n a h m e von der Regel auch auf das g e r i c h t l i c h e Pfandrecht ausgedehnt wissen wolle. Dieser Annahme kann man um so weniger beypflichten, als durch die Vorschrift des §. 450 des a. b. G. B. das g e r i c h t l i c h e Pfandrecht a u s d r ü c k l i c h der a. G. O. überwiesen, daher von der Sphäre des a. b. G. B. ausgeschlossen wird, indem der §. 450 des a. b. G. B. die Anordnung enthält: I n w i e f e r n das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung. Nach der a. G. O. sind aber die Normen über R e c h t s t i t e l und E r w e r b u n g s a r t des g e r i c h t l i c h e n Pfandrechtes von Titel und Erwerbungsart des g e s e t z l i c h e n oder c o n v e n t i o n e l l e n Pfandrechtes verschieden; denn nach der a. G. O. kann der Richter nach den §§. 340 und 341 den Rechtstitel zur Erwerbung des Pfandrechtes nur auf ein fahrendes Gut ertheilen, während bey dem g e s e t z l i c h e n und f r e y w i l l i g e n Pfandrechte nach den §§. 1101 und 456 der a. b. G. B. auch f r e m d e s Gut verpfändet werden kann, und die E r w e r b u n g s a r t bestehet bey dem g e r i c h t l i c h e n Pfandrechte nach der a. G. O. §. 342 bloß in der B e s c h r e i b u n g des Gerichtsdieners, während selbe bey dem g e s e t z l i c h e n Pfandrechte, theils schon mit dem Rechtstitel im Gesetze verbunden ist, theils im E r g r e i f e n und bey dem f r e y w i l l i g e n Pfandrechte in der Ü b e r n a h m e zur Verwahrung der Pfandsache bestehet (a. b. G. B. §§. 1101, 1321 und 451). Bey der g e s e t z l i c h e n und f r e y w i l l i g e n Pfandbestellung hat der Gesetzgeber die Verpfändung f r e m d e r Güter ausdrücklich gestattet, bey der g e r i c h t l i c h e n Pfandbestellung aber dieses weder ausdrücklich normirt, noch mit Hinweisung auf den §. 367 des a. b. G. B. angedeutet. Die in den §§. 367, 456 und 1101 des a. b. G. B. zu Gunsten des Verkehrs statuirte A u s n a h m e von der Regel muß daher streng interpretirt, und nur bey der g e s e t z l i c h e n oder f r e y w i l l i g e n Pfandbestellung

angenommen, sie kann aber nicht auf die gerichtliche Pfandrechtsertheilung ausgedehnt werden, nachdem bey derselben diese Ausnahme nicht gemacht worden ist. Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Zur Zeit der in Wirksamkeit getretenen a. G. O. bestand die in den §§. 367 und 456 des a. b. G. B. statuirte Ausnahme nach dem damahls noch verbindlich gewesenen römischen Rechte nicht [1]), es stellt daher die Berufung des §. 450 des a. b. G. B. auf die a. G. O. außer Zweifel, daß bey dem gerichtlichen Pfandrechte der Titel hierzu nur nach der a. G. O., aber nicht nach den Vorschriften des a. b. G. B., die nur die Bestellung des gesetzlichen und conventionellen Pfandrechtes normiren, ertheilt werden könne.

In der a. G. O. ist dem Richter in keinem Falle die Macht eingeräumt, die Pfändung auf ein fremdes dem Executen bloß anvertrautes Gut zu bewilligen, und hat er in der stillschweigenden Voraussetzung, daß die vom Exequenten namhaft gemachten Güter des Executen dessen Eigenthum seyen, die Pfändung bewilliget, so bringt dieselbe keine Wirkung hervor, wenn nachhin der Beweis geliefert wird, daß die gepfändeten Güter kein Eigenthum des Executen, sondern nur anvertraute Güter seyen; denn durch diesen Beweis wird die Syllogistik des Richters, die er bey der Pfändungsbewilligung zur Grundlage nahm, umgestoßen, da gezeigt wird, daß die bey der Bildung des Vernunftschlusses angenommene minor falsch, und deßhalb die Conclusion irrig sey.

Es wäre auch sehr sonderbar, wenn der Eigenthümer der in unrichtiger Voraussetzung gepfändeten Güter, selbe bey einer Particular-Execution nicht mehr aus der Specialexecutionsmasse vindiciren könnte, da ihm dieses Recht doch nach dem Hofdecrete vom 19. August 1825 Nr. 2126 bey der General-Execution im Concurse der Gläubiger unstreitig zustehet. Soll der Eigenthümer bey einer Particular-Execution weniger Recht haben, als bey der General-Execution im Gläubiger-Concurse? Die Eigenthumsklage findet freylich gegen den Executionsführer

---

[1]) Fr. 20. pr. D. XLI. 1. de acquir. rer. dom. — Fr. 16. §. 1. 7. D. XX. 1. de pignor. et hypoth. — c. 7. C. IV. 51. de reb. alien. non alien. et proh. — c. 2. C. VIII. 16. si alien. res pign.

nicht Statt, weil er während des Zuges der Execution die gepfändete Sache nicht besitzt, und die Eigenthumsklage nach dem §. 366 des a. b. G. B. den Besitz, oder doch wenigstens die Innehabung des Eigenthums-Objectes voraussetzt, was im ersten und zweyten Executionsstadium noch nicht der Fall ist; denn die Pfändung und Schätzung der in Execution gezogenen Güter gibt dem Exequenten noch keinen Besitz, auch nicht die Innehabung der in Execution gezogenen Güter, da er selbe nicht in seiner Gewahrsame, und auch noch nicht den Willen hat, sie als die seinigen zu behalten (a. b. G. B. §. 309). In dieses Innehabungs- oder Besitzesverhältniß tritt der Exequent nicht durch die Pfändung; denn durch diese wird noch kein Eigenthum, sondern nur ein Pfandrecht erworben, sie ist noch keine Ansichbringung der Sache im Sinne des §. 367 des a. b. G. B. — Der Wortlaut in diesem Gesetzes-§. deutet klar auf eine schon vollendete, nicht erst im Versuchsstadium begriffene Erwerbung hin, indem es heißt, wenn der redliche Besitzer beweiset, daß er die Sache von jemanden an sich gebracht hat. Das Zeitwort bringen mit der Präposition an, also an sich bringen bedeutet nach Adelung [1]) etwas erwerben, es zu seinem Eigenthume machen, und in dieser Bedeutung kann dieses Zeitwort in der vergangenen Zeit gebraucht (an sich gebracht hat) nur eine vollendete Erwerbung anzeigen. Erst dann, wenn der Executionsführer sich die in Execution gezogenen Güter entweder nach §. 347 der a. G. O. einantworten läßt und übernimmt, oder selbe bey der executiven Feilbiethung selbst als Meistbiether erstehet, hat er die Sache an sich gebracht. Allein nach Vollführung dieser Acte hört er auf Exequent zu seyn, und er stellt sich dann dem Eigenthümer gegenüber als Besitzer der Sache dar, und in diesem Falle hat dann die Eigenthumsklage bey vorhandenem redlichen Besitze nach §. 367 des a. b. G. B. nicht mehr Statt, weil der Exequent das Eigenthum durch die redliche

---

[1]) Grammatisch-kritisches Wörterbuch in der hochdeutschen Mundart von Joh. Christoph Adelung mit D. W. Soltaus Beyträgen revidirt und berichtiget von: **Dr.** Franz Xav. Schönberger. Wien **1811 im I. Thl. pag. 1197.**

Ansichbringung erworben hat. Hat aber der Exequent vor der Einantwortung oder Erstehung der Sache von dem Umstande, daß selbe einem Dritten gehöre, gewußt, dann ist er ein unredlicher Besitzer, und es kann gegen ihn die Eigenthumsklage noch immer angestrengt werden, wie dieses auch Herr Dr. Leopold Schiestl im seinem obcitirten Aufsatze sehr gründlich dargethan hat. Der wahre Eigenthümer wird demnach vor erfolgter Einantwortung an den Exequenten, oder vor der vorgenommenen Feilbiethung seiner dem Executen anvertrauten Güter nicht mit der in den ersten zwey Executionsstadien noch unstatthaften Eigenthums-, sondern mit der Pfandaufhebungs- (Excindirungs-) Klage wider den Exequenten auftreten, und das Begehren stellen, daß der Exequent schuldig sey, die in irriger Voraussetzung gepfändeten Güter als ein vom Kläger dem Executen bloß anvertrautes Gut und Nichteigenthum desselben anzuerkennen, und die hierauf erwirkte Pfändung als null und wirkungslos zu betrachten, daher sich von der weiteren Execution hierauf zu enthalten.

Diese Klage ist von der Eigenthumsklage verschieden, und kann nicht bloß der Eigenthümer, sondern auch der Execut oder ein in der Sache verflochtener Dritter anstellen; denn auch der Execut, dessen Willen der Richter zu keiner Rechtsverletzung zwingen kann, ist dabey interessirt, und er kann mit Recht verlangen, daß die Pfändung auf die ihm anvertrauten Güter, die er dem Eigenthümer gegenüber als ein Beschädiger verantworten müßte (a. b. G. B. §§. 456 und 1295), als ungültig erklärt werde, um nicht in die Lage versetzt zu werden, als ein Beschädiger des Eigenthümers zu erscheinen, und gegen diesen ersatzpflichtig zu werden. Auch ein Dritter kann in der Sache verflochten seyn, und sonach die Excindirungsklage anstrengen. Wenn z. B. der A dem B ein Stück Vieh gegen Fütterung auf unbestimmte Zeit zum Gebrauche überläßt, und der B dasselbe dem C leihweise anvertraut, bey dem es dann irriger Weise als sein vermeintliches Eigenthum gepfändet wird; so kann auch der B das Rechtsmittel der Excindirungsklage ergreifen, obgleich nicht er, sondern nur der A Eigenthümer des Pfandstückes ist.

Die Behauptung der Gegner: das Gericht handle bey der Execution im Vollmachtsnamen des Executen, und das Ge-

setz sehe die gerichtlichen Schritte so an, als ob sie mit dem Willen desselben geschehen wären, wornach auch die gerichtliche Pfändung gleich einer freywilligen Pfandbestellung angesehen, und die Rechtsfolge des §. 456 des a. b. G. B. auch bey der gerichtlichen Pfändung in Anwendung gebracht werden müsse, will mir bey allem Scharfsinne, mit dem diese Behauptung von der Meisterhand des Herrn Dr. Wildner durchgeführt wird, durchaus nicht einleuchten. Zugegeben, daß der Richter den Willen der sich sträubenden Partey zwangsweise zu suppliren hat; so kann er nach seinem gesetzlichen Berufe, die Gerechtigkeit handzuhaben, nur einen solchen Willen der Partey zwangsweise suppliren, den diese zu äußern rechtlich verpflichtet, und wo die Weigerung zur Einwilligung als eine Rechtsverletzung erscheint; er kann aber, ohne mit seiner gesetzlichen Berufspflicht in offenbaren Widerspruch zu gerathen, nicht die Einwilligung der Partey zu einer solchen Handlung zwangsweise statuiren, die eine offenbare Rechtsverletzung gegen einen Dritten darstellt, kurz der Richter kann nur rechtliche aber nicht rechtsverletzende Handlungen erzwingen. Wenn der Execut die ihm von einem Dritten anvertrauten Güter seinem Gläubiger freywillig verpfändet; so ist dieses eine offenbare Rechtsverletzung, ja ein Schurkenstreich gegen den Eigenthümer, dem er dafür verantwortlich ist, und gewiß wird Niemand behaupten, daß der Schuldner zur Verpfändung fremder Sachen gezwungen werden könne. Wenn daher der Schuldner bey dem conventionellen Pfandrechte nicht zur Pfandbestellung einer fremden Sache verhalten werden kann, wie soll er zu dieser im Executionsverfahren verpflichtet, oder nach welchem Gesetze, frage ich, kann der Richter berechtiget seyn, die rechtsverletzende Zustimmung des Executen wider seinen Willen zwangsweise zu suppliren. Wenn der Richter diese Zustimmung vor der Hand auch ohne Wissenschaft der Rechtsverletzung, daher in der Voraussetzung, daß der Execut hierzu verpflichtet sey, zwangsweise supplirt; so muß er selbe in dem Momente, als ihm die Rechtswidrigkeit der zwangsweise statuirten Zustimmung klar gemacht wird, widerrufen und als unwirksam erklären, da seine Voraussetzung (als Grund der Bewilligung) nicht mehr existirt,

und das hiernach Begründete (als Folge des Grundes) nicht weiter reichen kann, als der Grund. Die im §. 456 des a. b. G. B. statuirte Ausnahme von der Regel hat nach dem klaren Wortlaute dieses §. nur auf verpfändete Sachen Statt, die einen Verpfänder voraussetzen. Bey der gerichtlichen Pfändung werden die beweglichen Pfandobjecte nicht verpfändet, sondern nur gepfändet, und hier gibt es keinen Verpfänder, sondern nur einen Gepfändeten, was nicht gleichbedeutend seyn kann. Der Verpfänder handelt activ, ist dabey selbstthätig, der Gepfändete aber handelt gar nicht, sondern verhält sich bey der gerichtlichen Pfändung bloß passiv, ihm kann sein leidendes Verhalten nicht in der Art imputirt werden, als ob er selbst die gepfändeten Sachen dem Erequenten verpfändet hätte. Das Gesetz kann demnach den gerichtlichen Executionsact nie so ansehen, als ob derselbe mit dem Willen des Executen geschehen sey, da schon der Begriff eines gerichtlichen Zwanges die Einwilligung des Gezwungenen ausschließt. Der Richter handelt auch nicht als Machthaber des Executen, denn hierzu ernennt ihn weder der Privatwille desselben, noch das Gesetz; wäre er aber wirklich als solcher anzusehen, so hätte er offenbar die Gränzen seiner Vollmacht überschritten, und der als Gewaltgeber anzusehende Execut wäre hieran nicht gebunden (a. b. G. B. §. 1016), da der Richter ohne ausdrücklichen Auftrag zur Verpfändung einer fremden Sache, die noch überdieß für den Machtgeber eine verantwortliche Rechtsverletzung constituirt, nicht berechtiget war. Das Richteramt kann nur kraft eines unmittelbaren oder mittelbaren Auftrages der Regierung ausgeübt werden, daher handelt der Richter nur im Vollmachtsnamen und im Auftrage des Staatsoberhauptes, dem die Regierungsgewalt zukommt, er hat bloß das Gesetz anzuwenden, und zu vollziehen, und in dieser Eigenschaft will es mich bedünken, könne er nicht im Vollmachtsnamen des Executen agiren.

Das umsichgreifende Übel der Scheinverkäufe ränkesüchtiger Schuldner zur Prellung ihrer die Execution ergreifenden Gläubiger kann meines Erachtens mit dem civilrechtlichen Mittel, welches dem Gläubiger bloß nach dem §. 916 des a. b. G. B. zur Seite stehet, nicht beseitiget werden, weil der Beweis der Simu-

lation in den seltensten Fällen mit Erfolg möglich werden dürfte, da es im Interesse der Scheincontrahenten liegt, ihre sträfliche Absicht sorgfältig zu verbergen, und mit der Wahrheit hinter dem Berge zu halten. Wenn auch der Exequent den mit der Pfandaufhebungsklage hervorkommenden (fingirten) Eigenthümer über den Umstand, daß der Kauf mit dem Executen, oder dessen Erklärung (**constitutum possessorium** §. 428 des a. b. G. B.), worauf das Eigenthum gegründet wird, nur simulirt sey, nach der allerhöchsten Entschließung vom 23. April 1842 den irreferiblen Hauptceid aufträgt, und das Gericht allenfalls hierauf erkennt; so wird ein solcher Schurke, der sich schon zu einem Betruge bereitwillig fand, auch keinen Anstand nehmen den Eid abzulegen, wozu er auch gewissermaßen psychologisch genöthiget würde, um nicht dem Verdachte des Betruges Raum zu geben. Das wuchernde Unkraut betrüglicher Fictionen kann nur der Strafrichter mit Wurzel und Stängel ausrotten, wenn er seiner Pflicht gemäß bey der Erforschung der Verbrechen, und Erhebung der Beschaffenheit der That die §§. 226, 227, 229, 231, 232, 234, 248 und 251 des St. G. I. Thls. streng im Auge hält, und nach diesen die rechtlichen Inzichten selbst zu Tage fördert, ohne in pflichtwidriger Lethargie abzuwarten, bis ihm solche mit einer ergötzlichen Fassung schwarz auf weiß zum Einreichungsprotocolle getragen werden.

Ob übrigens der höchste Gesetzgeber zur Sicherheit des Verkehres oder Hebung des persönlichen Credites die in den §§. 367 und 456 des a. b. G. B. statuirte Ausnahme von der Regel auch auf die gerichtliche Pfandrechtserwerbung durch eine neuerliche Novelle ausdehnen sollte, oder nicht, ist eine Frage, die noch sehr problematisch erachtet werden dürfte. Wenn man bloß die Moral zerstörende Scheinverkäufe vor Augen hat, dann ist man freylich geneigt, dieser Hinterlist mit einem raschen Messerschnitte die Kehle vollends abzuschneiden, und die Ausdehnung der Rechtsfolge des §. 456 des a. b. G. B. auf die Erwerbung des gerichtlichen Pfandrechtes zu wünschen. Allein, blickt man auf den ehrlichen Eigenthümer hin, der öfter nicht so viel zu seinem, als vielmehr nur in wohlthätiger Absicht zu des Schuldners Vortheil die demselben höchst nöthigen Gegenstände zum Gebrauche überläßt,

so wird die Sache bedenklicher, und man bemerkt nicht ohne Grund, daß mit der einerseits beabsichteten Hebung des Credites, anderseits wieder mit demselben ein Rückschritt gemacht werde. Der persönliche Credit beruhet zunächst auf dem Vertrauen des Gläubigers in die rechtliche Gesinnung des Schuldners, die ihn bestimmen soll, der Erwartung zu entsprechen, die der Gläubiger von ihm hegt [1]). Diesem Vertrauen wird aber durch die Ausdehnung der Rechtsfolge des §. 456 des a. b. G. B. auf gerichtliche Pfändungen der Lebensfaden durchschnitten, sobald der ehrliche Eigenthümer weiß, daß ihm auch die redliche Gesinnung des Schuldners keine Garantie für die Sicherheit des demselben anvertrauten Eigenthumes mehr biethen könne, indem jeder Gläubiger durch die Execution die redliche Gesinnung des Schuldners ganz und gar unwirksam machen kann. Es geschieht, zumahl am flachen Lande, gar vielfältig, daß Freunde oder Nachbarn ihren, durch Elementar-Ereignisse, oder anderweitiges unverschuldetes Unglück herabgekommenen Verwandten oder Nachbarn zur Bestellung ihrer Wirthschaft das mangelnde Vieh aus Mitleiden zum Gebrauche unentgeldlich überlassen, und damit die sonst nicht mehr haltbare Wirthschaft des Verunglückten zur Fristung seiner Existenz so lange unterstützen, bis sich dieser wieder selbst zum nöthigsten Viehstande durch Nachzucht emporgebracht hat, was für ihn keine geringe Wohlthat ist, wenn er, wie gewöhnlich, der Mittel entbehrt, die ihm die eigenthümliche Beyschaffung des Viehes möglich machen könnten, indem z. B. das schon verschuldete Grundbesitzthum zur Geldaufnahme keine Sicherheit mehr gewährt, obgleich noch keine Überschuldung desselben vorhanden ist. Dieser Credit und wohlthätige Verkehr der Eigenthümer würde aber in dem Momente verschwinden, in welchem sie durch die Ausdehnung der Rechtsfolge des §. 456 des a. b. G. B. auf gerichtliche Pfändungen auch noch der Garantie beraubt würden, die sie von der redlichen Gesinnung der Verunglückten zu erwarten haben. Die Redlichkeit dieser Verunglückten bürgt dem Eigenthümer dafür, daß eine freywillige Veräußerung, oder

[1]) S. den Artikel Credit von Bülau im Staatslexicon von Rotteck und Welker im 4. Bande pag. 84.

Verpfändung der hingeliehenen Gegenstände nicht unternommen werde, und daß sie ihr Eigenthum in den Händen solcher redlichen Leute gut aufbewahrt haben. Wenn es aber auf den Willen derselben nicht mehr ankommt, ob die ihnen anvertrauten Gegenstände gerichtlich gepfändet werden sollen oder nicht, dann müssen die Eigenthümer freylich mißtrauisch werden, und vor diesen Angriffen auf der Huth seyn. Kurz, sie werden ihr Eigenthum nicht mehr darleihen, und die schuldlos Verunglückten ihrem Schicksale überlassen. Das wäre die Folge der Ausdehnung des §. 456 des a. b. G. B. auf gerichtliche Pfändungen, ein Nachtheil, der manche Familien unverschuldet dahin bringen müßte, der so liebgewonnenen theuern Heimath mit Thränen der Wehmuth zu entsagen, und ihr Heil in der Fremde zu suchen.

Rechtsfall,

über die im II. Absatze des §. 426 St. G. B. I. Thl. enthaltene Bestimmung hinsichtlich des Inhaltes der Criminal-Urtheile.

Vom

Herrn Eduard Krenn,

Actuar beym Wiener Criminalgerichte.

Am 8. August 1842 Abends wurden in dem Landhause des Großhändlers N. N. zu W., während derselbe mit seiner Familie bey der Abendtafel saß, mehrere goldene Uhren, Ketten und andere Prätiosen im Gesammtwerthe von nahe an 1000 Gulden Conv. Münze entwendet. Die gestohlenen Prätiosen waren in verschiedenen Zimmern frey auf den Kästen gelegen und die Zimmer waren alle unversperrt, das Haus selbst aber versperrt gewesen. Die erste Entdeckung geschah durch das Stubenmädchen, welche im Hofe auf einmahl um Hülfe zu schreyen anfing und den sohin herbeygekommenen Hausleuten erzählte, ein Mann, welcher Livreekleidung am Leibe gehabt hätte, sey über die Stiege herabgekommen, habe ihr einen silbernen Becher an den Kopf geworfen und sey während ihrer dadurch bewirkten momentanen Betäubung in der Richtung gegen den hinter dem Hause befindlichen Park zu verschwunden. Der Becher, welcher früher in einem Zimmer des Großhändlers auf einem Tische gestanden war, lag wirklich im Hofe auf der Erde und das Stubenmädchen N. zeigte an ihrer Stirne eine etwas geröthete Stelle als diejenige, an welcher sie von dem auf sie geworfenen Becher gestreift worden sey. Haus und Garten wurden sorgfältig durchsucht; es fand sich aber keine Spur, daß Jemand über die

Einfriedung des Gartens herein- oder hinausgestiegen sey. Das Hausthor war gehörig versperrt und Niemand hatte einer fremden Person dasselbe geöffnet.

Das Stubenmädchen N. erklärte zwar, daß sie nicht wisse, wer der fremde Mensch, welcher den Becher nach ihr geworfen habe, gewesen sey, gab aber von demselben eine umständliche Beschreibung, welche auf den, erst ein Paar Tage vorher aus dem Dienste des Beschädigten getretenen Bedienten Joseph N. vollkommen und unverkennbar paßte. Hierdurch sah sich die Polizey veranlaßt, diesem Bedienten nachzuforschen. Derselbe befand sich bereits in einem anderen Dienste und war gerade nicht zu Hause, als der Polizeycommissär in seinem Dienstorte erschien. Man durchsuchte seine Habseligkeiten, fand aber nichts Bedenkliches. Zufällig erhielt Joseph N., bevor er noch nach Hause kam, Nachricht, daß die Polizey ihm nachforsche, und diese Nachricht bewog ihn sogleich die Flucht zu ergreifen und sich nach Ungarn zu begeben.

Da man nach dieser nicht wohl anders als durch das Bewußtseyn der Schuld erklärbaren Flucht den Joseph N. mit um so größerer Wahrscheinlichkeit für den Thäter des Prätiosen-Diebstahles hielt, als er, wie erhoben wurde, schon früher wegen der schweren Polizeyübertretung des Diebstahles abgestraft worden war, die von dem Stubenmädchen N. gegebene Beschreibung auf ihn vollkommen paßte und er auch gerade an jenem Abende, an welchem der Prätiosen-Diebstahl geschah, sich ein Paar Stunden nicht zu Hause befand, welche Zeit hinreichte, nach W. zu gehen und von dort zurückzukommen, so wurde er durch die Polizey verfolgt und nach seiner alsbald erfolgten Zustandebringung dem Criminal-Gerichte, in dessen Bezirke der Diebstahl geschehen war, übergeben.

Das Criminal-Gericht faßte den Beschluß, daß wider Joseph N. wegen Diebstahles die ordentliche Criminal-Untersuchung mit fernerer gefänglicher Anhaltung eingeleitet werden solle, indem es denselben einhellig der Verübung des in dem Landhause des Großhändlers N. geschehenen Prätiosen-Diebstahles rechtlich beinzichtigt erkannte.

Joseph N. legte gleich im ersten Verhöre das Geständniß ab, daß er dem Großhändler N. N. unter der Zeit, als er bey selbem im Dienste gewesen sey, einige Wäsch- und Kleidungsstücke entwendet und dieselben seiner Geliebten Maria N. in Aufbewahrung ge-

geben habe. Dort wurden sie auch gefunden. Der Beschädigte erkannte sie als sein Eigenthum und gab ihren Werth auf 5 Gulden 30 Kreuzer Conv. Münze an.

Von dem Prätiosen-Diebstahle wollte Joseph N. durchaus nichts wissen, sondern versicherte, er habe wegen des Wäsch- und Kleidungsdiebstahles verfolgt zu werden geglaubt und nur diese Besorgniß, keine andere, habe ihn zur Flucht bewogen. Diese Verantwortung erwies sich als gegründet, denn es zeigte sich schon acht Tage nach Einleitung der Untersuchung wider Joseph N., daß den Prätiosen-Diebstahl nicht er, sondern das Stubenmädchen verübt hatte, und daß Alles, was sie von einem Manne, welcher den Becher nach ihr geworfen habe, vorgebracht hatte, erdichtet war. Sie hatte sich mit Joseph N., als derselbe bey dem Großhändler N. N. im Dienste stand, nicht gut vertragen können und obwohl sie es nicht zugab, hatte sie doch ohne Zweifel durch die gegebene Beschreibung des angeblich gesehenen Mannes absichtlich den Joseph N. in Verdacht zu bringen gesucht. Den Diebstahl gestand sie und wurde wegen desselben zu fünfjähriger schwerer Kerkerstrafe verurtheilt, welche Strafe jedoch von dem Obergerichte auf zweyjährigen schweren Kerker gemildert wurde.

Joseph N. wurde wegen der Entwendung der Wäsch- und Kleidungsstücke ebenfalls des Verbrechens des Diebstahles schuldig erklärt und unter Anwendung des §. 48 St. G. B. I Thl. zu dreymonathlicher Kerkerstrafe verurtheilt. Er war wohl mit diesem Urtheile zufrieden, wollte aber ein Zeugniß haben, daß er an dem Prätiosen-Diebstahle unschuldig gewesen sey.

Es entstand nun die Frage, ob ihm nach §. 279 St. G. B. I. Thl. ein Amtszeugniß ertheilt werden könne. Diese Frage wurde verneinend entschieden, weil die Anordnung des §. 279 St. G. B. I. Thl. nicht auf den Fall ausgedehnt werden kann, daß Jemand wegen Verdachtes eines Verbrechens bereits in die ordentliche Criminal-Untersuchung gezogen worden ist, in welchem Falle die Untersuchung nicht mittelst eines Amtszeugnisses, sondern mittelst Urtheiles zu erledigen ist. Da jedoch aus dem, wider Joseph N. ergangenen Urtheile nicht zu entnehmen war, ob er den Prätiosen-Diebstahl begangen habe oder nicht, so konnte dieses Urtheil die Stelle eines Amtszeugnisses nicht vertreten und Joseph N. bekam daher

keinen Ausweis darüber, daß er an dem Prätiosen-Diebstahle unschuldig gewesen sey. Hätte sich nach der wider ihn wegen des Prätiosen-Diebstahles eingeleiteten Untersuchung statt des von ihm begangenen Wäsch- und Kleidungsdiebstahles ein von ihm verübter Mord entdeckt, so würde er im Urtheile von dem ihm angeschuldeten Verbrechen des Diebstahles losgesprochen und schuldlos erklärt worden seyn; weil er aber nicht ein größeres, sondern ein viel geringeres, jedoch mit dem ihm ursprünglich angeschuldeten dem Namen nach gleichartiges Verbrechen begangen hatte, konnte im Urtheile davon, daß sich hinsichtlich des ihm ursprünglich angeschuldeten Verbrechens seine Unschuld ausgewiesen habe, keine Erwähnung geschehen.

Ich habe diesen Rechtsfall mitgetheilt, um zur Prüfung der Frage anzuregen, ob nicht die im II. Absatze des §. 426 St.G.B. I. Thl. gegebene Anordnung, wenigstens wie sie in der Praxis verstanden wird, zu einer gar zu lakonischen Kürze verpflichte und ob diese Anordnung nicht überhaupt eine bestimmtere Fassung wünschenswerth mache. Der §. 426 St.G.B. I. Thl. enthält die Vorschrift über die Form und den Inhalt der Criminalurtheile und bestimmt im II. Absatze, daß in dem Urtheile die Verbrechen, worüber dasselbe gefället wird, nach dem in dem Gesetze angenommenen Ausdrucke mit wenigen Worten, ohne sich in eine Beschreibung der That einzulassen, jedoch dermaßen zu benennen sind, daß die unter dem allgemeinen Begriffe eines Verbrechens enthaltenen mehreren Gattungen, in so fern sie von dem Gesetze selbst von einander abgesondert sind, nach dieser abgesonderten Benennung bemerket werden. Dieser Anordnung gemäß beschränkt man sich in den Urtheilen auf den Namen des Verbrechens und der Untersuchte wird darin z. B. ganz einfach „des Verbrechens des Diebstahles" schuldig erklärt, mag er mehrere hundert bedeutende Einbruchsdiebstähle oder nur einen einzigen geringfügigen, jedoch verbrecherischen Diebstahl begangen haben, mag er hinsichtlich der ihm allenfalls angeschuldeten mehreren und bedeutenderen Diebstähle seine Unschuld ausgewiesen haben oder nicht; was aber die Bemerkung der, unter dem allgemeinen Begriffe eines Verbrechens enthaltenen, von dem Gesetze besonders benannten Gattungen betrifft, so herrscht dießfalls auch keine vollkommene Consequenz, indem z. B.

einige der in §§. 178 und 180 St. G. B. I. Thl. angeführten Arten des Betruges, obwohl sie eigentlich nicht als eigene Gattungen, wie sie der §. 426 versteht, zu betrachten sind, doch in der Praxis im Urtheile näher bezeichnet werden, andere aber wieder nicht.

Ohne in der letzteren Beziehung in eine nähere Erörterung einzugehen, beschränke ich mich hier auf eine kurze Besprechung folgender zwey Fragen:

I. Verbiethet der §. 426 St. G. B. I. Thl. wirklich in dem Falle, daß Jemand wegen mehrerer Verbrechen derselben Art in Untersuchung gezogen, seine Schuld aber nur hinsichtlich eines einzelnen oder auch mehrerer, jedoch nicht hinsichtlich aller dieser Facta erwiesen wurde, dieß im Urtheile auszudrücken?

II. Wäre dieß, wenn es der §. 426 St. G. B. I. Thl. wirklich nicht gestattet, nicht doch wünschenswerth?

Was die erste Frage betrifft, so wird in den Ländern, für welche das österreichische Strafgesetzbuch gilt, meines Wissens allgemein von der bejahenden Ansicht ausgegangen, und ich getraue mich nicht, einer, wie es scheint, von Jedermann als zweifellos betrachteten Auslegung entgegen zu treten, obwohl ich mir nicht recht denken kann, was der Gesetzgeber im II. Absatze des §. 426 St. G. B. I. Thl. durch die Verfügung, die Verbrechen seyen mit wenigen Worten zu benennen, andeuten wollte, wenn er außer der Anführung des Namens des Verbrechens jede nähere Bezeichnung auszuschließen im Sinne hatte. Zwischen einer Beschreibung der That und einer kurzen Andeutung, welcher von den dem Inquisiten angeschuldeten gleichartigen Verbrechen er schuldig erklärt werde, läßt sich wohl ein Unterschied denken und ich glaube daher nicht, daß einer solchen kurzen Andeutung der Wortlaut des §. 426 entgegenstehe, man müßte denn den Schluß des II. Absatzes, wo von den unter dem allgemeinen Begriffe eines Verbrechens enthaltenen mehreren Gattungen die Rede ist, so verstehen, als ob dadurch das Maximum der Ausführlichkeit, über welches durchaus nicht hinausgegangen werden dürfe, bestimmt sey, für welche Ansicht aber die Worte des Gesetzes keinen genügenden Anhaltspunct geben. Deutlich ist in der fraglichen gesetzlichen Bestimmung nur so viel enthalten, daß sich das urtheilsprechende Gericht

der gesetzlichen Benennung des Verbrechens bedienen und sich in keine Beschreibung der That einlassen, folglich nicht etwa der gesetzlichen Benennung des Verbrechens eine synonyme oder umschreibende Bezeichnung substituiren und auch nicht die Entscheidungsgründe mit dem Urtheile vermischen solle; dadurch ist aber noch keineswegs ausgedrückt, daß das Urtheil nicht wenigstens so ausführlich seyn dürfe, um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, welche von den dem Inquisiten angeschuldeten verbrecherischen Handlungen ihm imputirt werden. Nach §. 426 muß das Urtheil die Benennung der Verbrechen enthalten, worüber das Urtheil gefällt wird. Hierunter muß man wohl alle Verbrechen verstehen, welche ein Gegenstand der ordentlichen Untersuchung waren, und es ist auch kein Grund vorhanden anzunehmen, daß der Gesetzgeber hierunter nur verschiedenartige Verbrechen verstanden habe, im Gegentheile zeigen andere Stellen des Strafgesetzes, z. B. der §. 476, daß dasselbe, wenn es von Verbrechen spricht, nicht immer nur den abstracten Begriff, sondern die Verbrechen in concreto im Sinne habe.

Erwägt man nun die weitere Frage, ob es, abgesehen von der bestehenden positiven Bestimmung, zweckmäßig sey, in dem Urtheile bloß den Namen des Verbrechens ohne jede nähere Bezeichnung des concreten Falles anzuführen, so dürften sich für die Angemessenheit einer genaueren Bezeichnung folgende Gründe anführen lassen:

1) Der Inquisit hat ein natürliches Recht zu fordern, daß das Gericht hinsichtlich aller verbrecherischen Handlungen, wegen welcher er in Verantwortung gezogen wurde, einen bestimmten und gehörig formulirten Ausspruch abgebe, ob er sich dieser Handlungen schuldig gemacht habe oder nicht; dieser Ausspruch ist aber eben der Gegenstand des Urtheiles und das Urtheil ist daher unvollständig, wenn es hinsichtlich eines oder mehrerer von den, dem Inquisiten angeschuldeten verbrecherischen Handlungen keinen Ausspruch enthält.

2) Nach §. 415 St. G. B. I. Thl. muß über jede Untersuchung, wodurch Jemand um eines Verbrechens willen zur Verantwortung gezogen würde, nach dem Abschlusse derselben ein Urtheil ergehen. In dieser Bestimmung liegt stillschweigend die Anordnung,

daß das Criminalgericht Niemanden wegen irgend eines Verbrechens zur Verantwortung ziehen dürfe, ohne sohin durch Urtheil zu erkennen, ob er dieses Verbrechens schuldig oder nicht schuldig sey oder bloß aus Abgang der Beweise straflos bleibe. Wurde nun z. B. ein Inquisit wegen eines Verbrechens in Untersuchung gezogen, hinsichtlich dessen sich dann seine Schuldlosigkeit erweiset, während allerdings ein von ihm verübtes anderes Verbrechen derselben Art bewiesen wird, so ist er, wenn die Verschiedenheit zwischen dem ihm ursprünglich angeschuldeten und dem später gegen ihn erwiesenen, ungeachtet des gleichen Namens doch vielleicht viel geringeren Verbrechens im Urtheile nicht angedeutet wird, wegen des ersteren Verbrechens zur Verantwortung gezogen worden, ohne daß hierüber, wie es der §. 415 St. G. B. I. Thl. fordert, ein Urtheilsspruch erfolgt.

3) Nur ein Verbrechen in concreto ist Gegenstand einer criminalgerichtlichen Untersuchung und Urtheilsschöpfung; es erscheint daher auch angemessen, daß im Urtheile jene verbrecherischen Handlungen in concreto bezeichnet werden, deren der Untersuchte schuldig oder nicht schuldig erklärt wird.

4) Es verträgt sich nicht mit dem humanen Geiste unserer Gesetzgebung, Jemanden hinsichtlich einer ihm angeschuldeten verbrecherischen Handlung die ausdrückliche Anerkennung der ausgewiesenen Schuldlosigkeit vorzuenthalten. Warum soll der wegen Diebstahles in Untersuchung gezogene Mörder hinsichtlich des Diebstahles einer Schuldlosigkeits-Erklärung sich erfreuen, der wegen eines großen Diebstahles in Untersuchung gezogene Inquisit aber, der nur einen geringeren Diebstahl begangen hat, sich mit einer Sentenz begnügen, welche es zweifelhaft läßt, ob er den größeren Diebstahl ebenfalls begangen habe oder nicht?

5) Wenn während der ordentlichen Untersuchung der Verdacht noch mehrerer verbrecherischer Handlungen wider den Inquisiten erhoben wurde, das Criminalgericht sich aber in dieser Beziehung, ohne den Inquisiten hierüber förmlich zur Verantwortung zu ziehen, auf eine Voruntersuchung beschränkt und durch diese der Verdacht sich behoben hat, so kann die Erledigung in dieser Hinsicht allerdings mittelst eines einfachen Beschlusses geschehen, welcher in das Urtheil nicht aufzunehmen ist; wenn aber das Verbrechen, hinsicht-

lich dessen die Schuldlosigkeit des Inquisiten sich ausweiset, Gegenstand der ordentlichen Criminaluntersuchung gewesen war, so kann über diesen Punct der Ausspruch des Gerichtes nur im Urtheile geschehen, denn einen Ablassungs-Beschluß wegen ausgewiesener Schuldlosigkeit, hinsichtlich eines Gegenstand der ordentlichen Criminaluntersuchung gewesenen Verbrechens, kennt unser Gesetz nicht.

6) Bey der gegenwärtigen Abfassung der Urtheile muß der Inquisit, gegen welchen mehrere gleichartige verbrecherische Handlungen vorkamen, erst aus den Beweggründen heraussuchen, welcher von diesen Handlungen ihn das Gericht schuldig finde, oder er kann höchstens aus der ihm auferlegten Entschädigung darauf schließen, während doch das Urtheil selbst sich hinsichtlich aller Anklagepuncte bestimmt aussprechen soll.

7) Nach der gegenwärtigen Maxime ist insbesonders dann, wenn wegen eines neu hervorgekommenen Verbrechens derselben Art eine Wiederaufnehmung der Untersuchung wider einen bereits zur Strafe verurtheilten Verbrecher Statt fand, die Fassung des neuen Urtheiles eine zu orakelhafte und dem Layen unverständliche, indem der Inquisit in dem neuen Urtheile desselben Verbrechens, dessen er bereits durch das frühere Urtheil schuldig erkannt worden war, nochmahls schuldig erklärt wird und in dem Falle, daß er weder das erste, noch das zweyte Mahl einen Ersatz zu leisten hat, nicht einmahl durch den Entschädigungspunct angedeutet wird, daß der Gegenstand der Untersuchung das letzte Mahl ein anderer war.

8) Endlich verliert auch die für gewisse Fälle angeordnete öffentliche Kundmachung des Urtheiles Vieles von ihrer Wirksamkeit wenn in dem Urtheile das von dem Inquisiten begangene Verbrechen, welches vielleicht große Entrüstung im Publicum erregt hat, nicht näher bezeichnet wird und das Publicum auf diese Art nicht erfährt, daß der Thäter dieses Verbrechens entdeckt und zur Strafe gebracht worden ist.

Läßt sich nun auch nicht läugnen, daß die gegenwärtige Einfachheit der Urtheile viel Bequemes hat und eine nähere Bezeichnung der Verbrechen, wenn auch das Gesetz hierüber noch so

deutliche Regeln aufstellte, immerhin einen gewissen Tact erfordern würde, so dürfte der erzählte Rechtsfall doch beweisen, daß die Beschränkung auf die bloße Anführung der gesetzlichen Benennung des Verbrechens manchmahl sich als ein Übelstand darstellt und das Bedürfniß der Praxis eine einerseits minder beengende, andererseits aber doch eine feste Richtschnur gebende Bestimmung wünschenswerth mache.

Einiges über

die Militär-Criminal-Justizpflege.

(Fortsetzung.)

Vom

Herrn **.**

Vom Thatbestande.

Die Militär-Gesetze unterscheiden zwischen dem materiellen und formellen Thatbestande, und stellen vor Allem den Grundsatz auf, daß vor erhobener Gewißheit der That in der Regel weder zur besonderen Nachforschung nach dem Thäter, noch zur Aburtheilung geschritten werden kann.

Obige Eintheilung beruht auf der Unterscheidung, daß einige Verbrechen Spuren zurücklassen, andere nicht. Im ersteren Falle haben die Behörden sogleich nach erhaltener Anzeige von einem Verbrechen den Auditor und zwey Officiere, mit Beyziehung zweyer oder wenigstens eines Kunstverständigen, an Ort und Stelle mit dem Auftrage zu beordern, die vorfindigen Spuren, den Leichnam, die zurückgelassenen Werkzeuge u. dgl. in Augenschein zu nehmen, alle Umstände genau zu erforschen, sodann den Befund in dem hierüber aufzunehmenden Protocolle aufzuzeichnen. Wären die Spuren aber bereits vertilgt oder unsichtlich geworden, oder das Verbrechen seiner Natur nach spurlos, so ist zur Herstellung des Thatbestandes die eidliche und umständliche Aussage zweyer, oder, wenn dieß nicht möglich wäre, auch nur eines untadelhaften, durch eigene sinnliche Wahrnehmung wohl unterrichteten Zeugen erforderlich, und diese Zeugenaussagen stellen dann den formellen Thatbestand her,

welcher übrigens auch bey vorliegendem materiellen Thatbestande in Ansehung mehrerer Verbrechen vorhanden seyn muß; wie zum Beyspiele bey einem gewaltsamen Diebstahl; indem es dann mit dem über die vorhandenen Spuren aufgenommenen Protocolle nicht genug ist, sondern außer demselben, auch die obenerwähnten Zeugenaussagen und in Ermanglung derselben, die Aussagen Derjenigen erforderlich, bezüglich, zureichend sind, an welchen das Verbrechen verübt wurde, oder in deren Verwahrung sich die Sache befand, woran der Schaden zugefügt wurde; wobey zu erinnern kömmt, daß die letztgedachten, zur Herstellung des Thatbestandes zu vernehmenden Personen erst nach geschlossener Aussage zu beeiden sind, was sich, wie später gezeigt werden wird, mit den zum Beweise gegen den Thäter abzuhörenden Zeugen anders verhält.

Wird Jemand mehrerer, die Todesstrafe nach sich ziehender Verbrechen beschuldigt, so ist der Thatbestand eines jeden, wenn es nämlich ohne zu großen Zeitverlust geschehen kann, zu erheben. Kommen aber gegen Jemanden mehrere, und darunter auch geringere Verbrechen vor, so ist sich hinsichtlich der Thatbestanderhebung nur auf die schweren Verbrechen zu beschränken, außer es wären besondere Ursachen auch zur Erhebung des Thatbestandes hinsichtlich des einen oder anderen geringeren Verbrechens vorhanden. Es kann hier nicht unbemerkt bleiben, daß in Verfolg einer von der medicinisch-chirurgischen Josephs-Akademie dem Hofkriegsrathe gemachten Vorstellung, es stimme die der Theresianischen Gerichtsordnung sub Nr. 2 angehängte Instruction mit den neueren Fortschritten der Wundarzneykunde und mit dem darnach eingerichteten akademischen Unterrichte der feldärztlichen Zöglinge in der gerichtlichen Arzneykunde nicht durchaus überein, die in Bezug auf die gerichtlichen Leichenbesichtigungen für die Civil-Ärzte schon seit mehreren Jahren bestehende Instruction auch beym Militär eingeführt und bezüglich adoptirt wurde, und zwar mit dem Beysatze, daß sich auch die zu solchen Obductionen als Commissionsglieder beygezogen werdenden Officiere, Auditoren oder sonstigen Militär-Gerichtsbeamten den Inhalt dieser Instruction gegenwärtig zu halten und darauf zu sehen haben, daß von den obducirenden Ärzten den Vorschriften dieser Instruction in allen Puncten Genüge geleistet werde. Da es übrigens kein Gegenstand dieser Abhandlung seyn kann, sich darüber auszusprechen,

wie der Thatbestand hinsichtlich aller beym Militär vorkommenden Verbrechen zu erheben ist, indem die Erhebung des Thatbestandes bey gemeinen (im Gegensatze zu militärischen) Verbrechen im Wesentlichen nach den für das Civile bestehenden Vorschriften Statt findet; so wird sich in dieser Beziehung nur auf die Militärverbrechen beschränkt. So wie nun bey allen Verbrechen, deren richtige Erhebung besondere wissenschaftliche Kenntnisse erfordert, über den Thatbestand der Befund der Sachverständigen eingehohlt und bey der Aburtheilung zur Richtschnur genommen werden muß, eben so unerläßlich ist es, daß in Untersuchungen über militärische Operationen, wobey militärische Ansichten eintreten, die Frage was in der Lage des Beschuldigten nach allen Umständen und Verhältnissen, und nach militärischen Grundsätzen hätte geschehen sollen? nur von einer, aus ausgezeichneten Männern, als Sachverständigen, bestehenden Commission richtig und bestimmt beantwortet werden könne. In allen jenen Fällen also, wo derley militärische Operationen in Untersuchung gezogen werden, und es auf die richtige Beantwortung solcher Fragen ankömmt, wozu eine besondere Kenntniß der Tactik und höheren Kriegskunst erfordert wird, sind — bevor zum Kriegsrecht (Aburtheilung) geschritten wird — die gesammten Untersuchungsacten nebst einem, das Factum kurz und deutlich darstellenden Auszuge und mit bestimmter Aufstellung der Fragen, worüber das tactische Gutachten abzugeben ist, unmittelbar an die hofkriegsräthliche Justizabtheilung zur weiteren Veranlassung einzusenden, welche das fragliche Gutachten einhohlen und der betreffenden Criminalbehörde übermachen wird.

Was aber die ferneren Militärverbrechen betrifft, — deren Entscheidung schon in den Kriegsartikeln, in den Vorschriften des Reglements und anderen Militärgesetzen enthalten ist, und die daher wie jedes andere Verbrechen zu untersuchen und abzuurtheilen sind — so werden folgende als die vorzüglichsten herausgehoben und zwar:

1. Subordinationsverletzung,
2. gewaltthätige Widersetzung gegen die Wache,
3. Meuterey,
4. feindliche Auskundschaftung,
5. Einverständniß mit dem Feinde,
6. Unerlaubte Plünderung,

7. Diebstahl durch die Wache an dem ihr anvertrauten Ärarialgute,
8. Kameradschaftsdiebstahl,
9. Hintergehung der Musterung oder Revision,
10. Desertion.

Bey der Subordinationsverletzung ist vor Allem zu erheben nöthig, ob der Untergebene an den Vorgesetzten wirklich angewiesen sey, ob der Erstere vom Letzteren Befehle erhalten habe, ob diese den Dienst betreffen, und nicht etwa offenbar dem Dienste zuwiderlaufen?

Ist der Befehl schriftlich gegeben worden, so ist er den Acten beyzulegen; wurde der Gehorsam durch Gewalt an dem Oberen verletzt, dieser verwundet oder gar getödtet, so ist die Waffe, womit die That vollbracht wurde, beyzubringen, und überhaupt dasjenige zu beobachten, was von der Thaterhebung beym Todtschlage oder bey Verwundungen gilt.

Das letztere ist auch bey der gewaltthätigen Widersetzung gegen die Wache, oder eines Deserteurs gegen seine Einbringer zu beobachten.

Bey dem Verbrechen der Meuterey begründen die Schriften, der ergangene Aufruf oder sonstige Zeichen, wodurch dieß Verbrechen erregt wurde, den Thatbestand.

Bey der feindlichen Auskundschaftung stellen die bey dem Spione vorgefundenen feindlichen Aufträge, Instructionen, falschen Pässe, die Bemerkungen über eine dießseitige Festung, über die Stellung oder Bewegungen der dießseitigen Truppen, über den Zustand der Magazine u. d. gl. den Thatbestand her.

Bey dem Einverständnisse mit dem Feinde aber erweisen die aufgefangene Correspondenz oder die vorgefundenen Abrisse der Festungen, Positionen, Operationspläne u. s. w. die That.

Bey unerlaubter Plünderung, Diebstahl der Wache an dem ihr anvertrauten Ärarialgute und beym Kameradschaftsdiebstahle werden die zur Herstellung des formellen Thatbestandes aufgenommenen Aussagen der Beschuldigten und Zeugen durch die beym Thäter etwa noch vorgefundene entwendete Sache unterstützt.

Bey der Hintergehung der Musterung oder Revision (eine beym Militär bisweilen vorkommende Gattung des Betruges, worüber später mehr gesagt werden wird) machen die Standeslisten, Geldausweise und sonstigen Rechnungen den Beweis der That.

Zur Herstellung des Thatbestandes bey der Desertion endlich wird die Species facti und die von den Ober- und Unterofficieren mitgefertigte Meldung des Compagnie-, Escadrons- oder Postencommandanten über die eigenmächtige Entfernung des Mannes, oder, in Ermanglung dieser meistens mit vielem Zeitaufwande beyzubringenden Documente, die monathlich dem Generalcommando einzureichende Deserteurs-Consignation, dann die Präsentirungsliste (ein die Rückkehr oder Einbringung des Deserteurs beweisendes, vom Feldkriegscommissariat und einem Militärarzte ausgefertigtes Document) erfordert; die Assentirungsliste aber ist nur dann beyzubringen, wenn ein Zweifel entsteht, ob der als Deserteur eingebrachte Mann wirklich Soldat ist? ob er nämlich zur Fahne, Estandarte oder Kanone geschworen und die Kriegsartikel oder Satzungen gehört hat?

Wäre übrigens der, laut der Präsentirungsliste vom Militär eingebrachte Deserteur nach dem Gesetze zum Tode zu verurtheilen, so muß das Gericht auch die eidliche Abhörung der Einbringer veranlassen, weil es sich nämlich schon ereignete, daß ein Mann vom Civile als Deserteur nur erkannt, hievon dem Militär ins Geheim die Anzeige gemacht, sofort durch Militärmannschaft verhaftet und unrichtig als von dieser eingebracht behandelt wurde, da der Deserteur im gedachten Falle nach den bestehenden Vorschriften doch nur als vom Civile eingebracht zu behandeln war.

Wenn gleich übrigens:

a. Die Contumazübertretung,

b. Die Ausspähung und

c. Falschwerbung nicht zu den reinen Militärverbrechen gehören, da sie auch von Civilpersonen verübt werden können; so wird in dieser Abhandlung über den Thatbestand (der Militärverbrechen) doch darum dieser Verbrechen erwähnet, weil, bezüglich des Thatbestandes bey im Militär vorkommenden Contumazübertretungen die Vorschrift besteht, daß auch von der Contumazanstalt desjenigen Cordons, welchen der Untersuchte überschritten hat, von Fall zu Fall die amtliche Auskunft über den Grad der Gefährlichkeit des Pestübels, zur Zeit der vor sich gegangenen Contumazübertretung, so wie auch über die daraus entstandenen Folgen, eingehohlt und immer den Untersuchungsacten beygelegt werde, und weil die zwey letzte-

nannten Verbrechen (Ausspähung oder Spionerie und Falschwerbung) ohne Rücksicht auf den Gerichtsstand der Person, jederzeit vom Militär untersucht und bestraft werden, und in dieser Beziehung zu bemerken kömmt, daß auch die zur Herstellung des Thatbestandes abzuhörenden und zu beeidenden Personen nach den Militärgesetzen das 20. Lebensjahr zurückgelegt haben müssen.

Endlich kömmt zu erinnern, daß schwere oder voluminöse Sachen oder Werkzeuge, die als materieller Thatbestand übernommen wurden, dann, wenn die Acten an den Gerichtsherrn oder an das Obergericht zu senden sind, nicht eingeschickt werden sollen, sondern in solchen Fällen bloß eine genaue Beschreibung derselben zu verfassen oder allenfalls eine genaue Zeichnung dieser Sachen, bezüglich Werkzeuge, zu bewirken, und diese den Acten beyzulegen ist.

Weil übrigens befunden wurde, rücksichtlich der Behörden, welche den Thatbestand in Criminalfällen zu erheben haben, die beym Civile bestehenden Vorschriften auch bey der Armee in Anwendung zu bringen; so wurde dem Militär in der Hauptsache Folgendes vorgezeichnet:

1. Gehört der Beschuldigte offenbar zur Militärgerichtsbarkeit, so steht die Erhebung des Thatbestandes, der Beschädigte mag vom Civile oder Militär seyn, nur der Militärbehörde zu. In dringenden Fällen aber, wenn nämlich die Militärbehörde wegen Entfernung den Thatbestand nicht mit der nöthigen Geschwindigkeit erheben könnte, ist das Civil-Criminalgericht, nöthigen Falls auch nur die Ortsobrigkeit, bezüglich diejenige Behörde, welche über Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu wachen hat, befugt und verbunden, Alles, was zur unverzüglichen Erforschung der That gehört, vorzukehren, und hat sodann die eine oder andere dieser letztgedachten Civil-Behörden die ganze Verhandlung der Militär-Behörde zu übergeben.

2. Ist dagegen der Beschuldigte zum Civilstande gehörig, so steht die Erhebung des Thatbestandes in der Regel der Civil-Behörde zu. Doch hat die Militär-Behörde in dringlichen Fällen die unter Nr. 1 bemerkten Verbindlichkeiten auf sich.

3. Ist aber der Thäter unbekannt oder dessen Gerichtsstand nicht nachgewiesen, so hat immer die Civilbehörde das Amt zu handeln, jedoch nach erhaltener Aufklärung, daß der Beschuldigte zum

Militärstande gehört, die Verhandlung (in wie fern nicht etwa der unter Nr. 1 erwähnte Grund die Fortsetzung bezüglich Beendigung der Thatbestandserhebung erfordert) abzubrechen und der Militärbehörde zu übergeben.

4. Durch diese vorstehenden Bestimmungen ist übrigens an den Vorschriften darüber, wie sich die zur Thatbestandserhebung verpflichtete Behörde dann zu benehmen hat, wenn sie der Mitwirkung eines anderen Gerichtes, etwa zur Abhörung des Beschädigten oder einiger Zeugen, bedarf, nichts geändert worden.

5. In Ungarn und Siebenbürgen aber hat es bey den hinsichtlich der Thatbestandserhebung bestehenden Vorschriften und Beobachtungen sein Verbleiben.

Gründe

gegen die Einführung pensilvanischer Besserungshäuser.

Vom

Herrn Dr. Söllner,
k. k. Rittmeister-Auditor.

Der Aufsatz Nr. 31 des Septemberheftes der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, Jahrgang 1843, fordert Männer vom Fache auf, sich mit der Gefängnißfrage zu beschäftigen. Wir wissen zwar nicht, ob uns der Verfasser zu jenen zählen wird, jedoch kamen wir dem Wunsche zuvor, indem diese Darstellung vollendet war, als uns jener amüsante Aufsatz zukam. Er bestimmt uns weder zu einer Änderung unserer Ansicht, noch zu einer Widerlegung, nur zu Bemerkungen, die wir als Einleitung voraussenden.

Der Behauptung des Verfassers jenes Aufsatzes [1]: „daß wer nicht Gelegenheit hat, die im Auslande erschienenen trefflichen Werke und Aufsätze über Gefängnißreform zu lesen, von dem Stande der Frage keine richtige Kenntniß bekomme" müssen wir widersprechen. Im Novemberhefte der genannten Zeitschrift, Jahrgang 1838, S. 427 des Notizenblattes und anderen Stellen, werden uns über die vorgeschlagene Gefängnißreform gründliche Bemerkungen gebothen, die uns in dieselbe eine viel tiefere Einsicht gewähren, als die Abhandlung des Verfassers selbst [2]).

---

[1]) S. 133.

[2]) Die an jene citirten Worte unmittelbar angereihte Behauptung:

Wir erklären zugleich, daß wir die nachstehenden Meinungen ungeachtet dessen veröffentlichen, daß der bezeichnete Verfasser [1]) versichert, daß die Gegner des pensilvanischen Systems ihre hämischen Bemerkungen nur aus Unkenntniß, Eigenliebe (!) Unfehlbarkeitsdünkel schreiben, und wir haben nichts dagegen, solche unparlamentarische Worte auch nachträglich über uns ergehen zu lassen, wenn sie einmahl schon zur Form einer Schreibart gehören [2]). — Nun zur Sache.

Es ist eine psychologische Thatsache, daß die Natur nicht alle Menschen mit gleichen Geistes- und Gemüthsgaben ausgerüstet, und viele mit ihren Spenden verkürzt hat. Am auffallendsten ist diese Stiefmütterlichkeit im Blödsinne ausgeprägt. Wir werden aber auch an einigen Menschen, einer relativ nicht unbemerklichen Zahl, eine Imbecillität des Verstandes finden, die, obgleich sie nicht zum Blödsinne qualificirt, doch selbst der sorgfältigsten Erziehung unmöglich macht, den Verkürzten über die geistige Stufe des Kindesalters merklich hinauszuheben. — Tiefer verborgen, der Wahrnehmung im täglichen Verkehre fast entzogen, nicht so leicht an einem practischen Maßstabe zu messen, sind die Verkürzungen in den Gemüthsanlagen. Das Gefühl für Recht und Unrecht, der moralische Trieb ist kein angebildeter, und zweifelsohne finden wir bey gleich günstiger Erziehung die sittliche Grundlage der Menschen verschieden entwickelt. Erkennen wir in den sittlichen Grundanlagen der Menschen Stufen, so müssen wir auch an eine unterste Stufe der sittlichen

---

„und, was er hievon in unseren inländischen Zeitschriften berührt findet, lieset er gerade mit jenen indifferenten Gefühlen, wie — u. s. w." ist, mild gesprochen, eine anmaßende Behauptung. Über Empfindungen entfernter Leser, mit deren größerer Zahl der Verfasser in keinem Rapport stehen wird, läßt sich nicht so leicht absprechen.

[1]) S. 134.

[2]) So z. B. S. 134: „Die Zahl der in knechtlicher Gewohnheit, durch Pedanterie und Indifferentismus Gefesselten ist noch so groß (welch' christliche Duldung gegen anders Denkende!), daß manches von Patriotismus und mit wahrem Drange nach Humanität und Gerechtigkeit gefüllte Herz (welch' edle Selbstverläugnung!) ein betrübendes Gefühl beschleicht."

Lebenswärme glauben, die partiell oder total vermindert, im Conflicte mit anderen psychologischen Kräften mannigfaltige Bildungen erzeugt, und zumahl, wenn diesen in dem Alter der Empfänglichkeit und Bildungsfähigkeit nicht eine wackere Erziehung entgegen tritt, moralische Krippel erzeugt, die durch das pensilvanische Gefängnißsystem sicher nicht mehr gerade gemacht werden können, und vielleicht immer auf der Bahn des Guten hinken werden. Wir glauben der Mühe überhoben zu seyn, über diese traurige Behauptung Beyspiele aus Criminalgeschichten zu liefern, da manche jedem unserer Leser erinnerlich seyn wird. — Die Erfahrung lehrt ferner, daß der Mangel in den sittlichen Grundlagen keineswegs nothwendig mit einer Schwäche der geistigen Sphäre verbunden ist; vielmehr ist gewöhnlich das Gegentheil der Fall. Schwachköpfe sind oft gute, treue, rechtschaffene Menschen.

Die Erfahrung, die wir gemacht haben, können wir dießfalls zu keiner Folgerung benützen. Wir können für jene keine Beweise liefern, und unterliegen dem Irrthume in Schlüssen, die sich auf Thatsachen gründen, deren Erforschung so schwierig ist; aber unbedingt wird zugegeben werden müssen, daß unter den Verbrechern keine ganz unbeträchtliche Zahl derselben zu der Klasse der in ihren sittlichen Grundanlagen verkürzten Individuen gehört. Zwang, Strafandrohung vermögen solche Menschen von Verbrechen zurückzuhalten; denn sie wirken auf das sinnlich-verständige Begehrungsvermögen, das bey ihnen normal seyn wird, sonst gehörten sie zu den Geistes- oder Gemüthskranken. Eine Besserung jener Verbrecher ist von dem pensilvanischen Systeme minder zu hoffen, als von unseren Strafanstalten; weil das pens. System vorzüglich auf eine Besserung von Innen aus rechnet, eine Besserung von den, ihrem ruhigen, ungestörten Wirken überlassenen moralischen Kräften erwartet, während bey den bezeichneten Verbrechern die ihnen eigenthümliche psychische Richtung mit der Zeit und durch die gewaltige Außenwelt unbeschränkt das Böse zur üppigen Wucht bringen wird. Äußere Umstände, eine bestimmte Lebenslage sind gewichtvolle Momente für die Zukunft solcher Verbrecher.

Den übrigen, natürlich größeren Theil der Sträflinge einer allgemeinen Strafanstalt theilen wir in solche, die zu längerer, und solche, die zu kürzerer Zeit Gefangenhaltung verurtheilt wur-

den. Nun lehrt die Erfahrung, daß von Sträflingen, welche zu länger als z. B. fünf Jahren Kerker verurtheilt wurden, wenn sie auch nicht nach pens. Systeme behandelt wurden, selten Einer der strafenden Gerechtigkeit wieder verfiel — rückfällig wurde. Fünf Jahre Gefangenschaft sind ein so beträchtlicher Theil des mittleren Lebensalters, ein so tief gehendes Übel, daß der Verbrecher, den sie traf, von dem Ernste der Gesetze tief erschüttert, seine Überlegung auf die Okonomie mit irdischen Leiden und Freuden hingewendet — er der Legalität gewonnen wird. Handelt der Sträfling nur dauernd legal, so wird er leicht für Moralität empfänglich. Für diesen Theil der Verbrecher haben wir nicht nöthig, uns das pens. System zu wünschen, besonders, da Jahre, und mit ihnen Erfahrung, Altersreife, glückliche Lehrer sind, deren Wirksamkeit durch keine kürzere wenn auch strengere Gefangenschaft ersetzt werden kann. Während hier der allenfalls vorhandene böse Hang nur momentan niedergehalten wird, wird er dort durch lange dauernde Nahrungsentziehung dauernd unkräftig. Noth, verstoßen aus der menschlichen Gesellschaft werden ihn in beyden Fällen wieder wecken, aber stärker in jenem, als in diesem Falle aufregen.

Bey den Sträflingen, die zu kürzerer Zeit der Gefangenhaltung verurtheilt wurden, wird die psychische Zeit nicht ausreichen, die Besserung derselben durch das pens. System zu bewirken. Erziehungsfehler, Versäumnisse von 20 und mehreren Jahren sind nicht in Monathen nachgehohlt, und Charactere, die sich in aller ihrer starren Consequenz entwickelt haben, nicht in Monathen umgewandelt. Uns bleibt daher nur eine vielleicht nicht sehr große Zahl von Verbrechern übrig, deren Besserung wir von dem besprochenen Systeme erwarten, um deren willen wir es einführen sollen. Aber selbst diese Restzahl müssen wir bedeutend mit Hinblick auf die Mittel zur Besserung, die das System biethet, in dem comparativen Sinne vermindern, nach welchem das System mehr als ein anderes leisten soll.

E i n s a m k e i t ist nicht immer die Quelle des Guten. Aus ihr gingen große aber auch Schandthaten hervor. Daß Einsamkeit das Gewissen wecke, ist wahr; aber eben so wahr ist, daß Einsamkeit nicht das Gewissen eines j e d e n Sträflinges wecken wird. Nicht jedes Verbrechen nämlich wird die Gewissensstimme anregen. Neh-

men wir als Beyspiel Verbrecher, die eine bestimmte politische Gesinnung, ein bestimmtes Glaubensbekenntniß voraussetzen, die vier Wände nicht umgestalten!

Kann die Gewissensstimme nach der Lage der Sachen wach werden, dann verstärkt die Einsamkeit ihre Wirksamkeit, wird aber auch nach Umständen das Gewissen einschläfern. Für den Verbrecher und sein Gewissen wird mit der Zeit in einer Zelle nicht Raum genug. Das tägliche Anschauen seines Innern, seiner Thaten, lernt dem Verstande, die letzteren zu entschuldigen; wo nicht, so unterliegt der Gefangene.

Die Erwiederung, daß die Einsamkeit der Gefangenen nach dem pensilvanischen Systeme keine absolute sey, ist ein Grund für uns gegen das Princip, auf welchem das System ruht. In dem Grade als die Einsamkeit relativ wird, ist sie zwar weniger schädlich, aber auch weniger nützlich.

Wird die Einsamkeit in einigen Fällen ohne Erfolg, in anderen schädlich seyn, so kann das besprochene System unsere Meinung nicht mehr durch seine übrigen Merkmahle und Einrichtungen günstig stimmen. — Uns scheint Bildung und Erziehung nämlich mit günstigerem Erfolge nach dem Grundsatze der Gemeinschaft oder relativen Absonderung als nach dem pens. Systeme bewirkt werden zu können.

Die technische Bildung der Sträflinge wird nach dem pens. Systeme weit schwieriger werden. Viele Handwerke werden in den einzelnen Zellen von einem einzelnen nicht getrieben, und nicht das Handwerk dem Sträflinge gelehrt werden können, für welches er vorgebildet ist, Neigung und Talent besitzt, wenn die Gränzen der engen Zellen überschritten werden müßten. Leichter ist der Sträfling an die Arbeit gewöhnt, darf er sein erlerntes Handwerk üben. Besser ist es er darf sich in seinem Handwerke üben, als er verlernt das seine und lernt ein zweytes, das ihn vielleicht nicht nährt, wird er entlassen. Ganz anders ist nämlich die Lage einer Strafanstalt, wie in Nordamerika, wo noch jedes Handwerk, tüchtig betrieben, seinen Mann nährt. In einem Staate, aber dessen Absatzwege nur eine beschränkte Production gestatten, wo es noch Zünfte gibt und zünftige Meister und Gesellen brotlos sind, da wird der ihres Handwerkes kundige Sträfling nicht tauglicher für die bürgerliche Gesellschaft die Strafanstalt verlassen.

Die nothwendige Beschränkung in der Wahl der Beschäftigung der Sträflinge nach dem pens. Systeme, ist ein großes Übel für die Zukunft und Moralität der Sträflinge, treten sie in die bürgerliche Gesellschaft wieder zurück; da Armuth, Erwerbslosigkeit, einen großen Theil derselben in die Gefängnisse geführt hat, und wieder führen wird, werden sie nicht in einer Beschäftigung unterwiesen und an eine Beschäftigung gewöhnt, die sie nähren kann, und ihrer individuellen Lage entspricht.

Die religiöse, moralische, staatsbürgerliche Bildung belangend meinen wir, daß wenn sich nicht Private der Bildung der Sträflinge des pensilvanischen Systems annehmen können und wollen, selbst ein zahlreiches Aufsichts- und Lehrpersonal nicht genügen wird, einem jeden abgesonderten Sträflinge die Lehren zu geben, von denen ein nennenswerther Erfolg zu gewärtigen wäre, besonders da dem Unterrichte einsamer Gefangener namhafte Hindernisse entgegenstehen. Dahin zählen wir die Gemüthslage des Sträflinges. Alle Seelenthätigkeiten ruhen, versiegen, vertrocknen, die ein freyes Leben, die weite Außenwelt, geistige Mittheilung und Verkehr, menschliche Gesellschaft angeregt und beschäftigt haben. In sich gewaltsam gedrückt findet er in sich nicht das, was er in freyen Tagen, gehoben durch That und Wort, Freundschaft und gesellige Formen, in sich wähnte. Der Sträfling wird verzagt, furchtsam, zerfällt mit sich selber, verliert Willenskraft und Energie der Seele, ohne welche es keine lebendige Lehre gibt. Der gedemüthigte, aus jeder Gesellschaft gestoßene Sträfling, über den die äußerste Sorgfalt wacht, um nicht mehr zu seyn, als das menschliche Thier in dem Käfige, der eine nothwendige Spule in der größeren Maschine ist, der nicht sündigen kann — steht unter oder über der Gemüthslage, auf welche die angeblich humane Anstalt zählt. Der Sträfling wird schwerlich seine Lehrer für seine Freunde halten, und in der geschilderten Lage des herbsten Zwanges eine lebendige Idee vom Guten erlangen, die ihm früher nicht klar wurde, die man ihm zu üben nicht gestattet. Das System setzt, um zum Guten zu führen, eine Seelenstärke, moralische Triebkräfte, eine wackere Seelenconstitution voraus, die auch nach dem europäischen Systeme Besserung versprechen. — Jedenfalls wird bey gemeinschaftlichem Streben zum Guten in der Gesellschaft auch der Träge mit fortgezogen; Beyspiel, Belohnung und Bestrafung, diese naturgemäßen durch göttliche Ord-

nung für Menschen bestimmten Hebel des Guten, werden das vorgestreckte Ziel leichter und sicherer erreichen, und der gemeinsame Eifer dahin wird von einem seinem Amte gewachsenen Director auch unter Sträflingen ohne Schwierigkeiten geweckt werden können, wenn von ihm das Wohl und Wehe derselben abhängt.

Wie die Gesellschaft, so erzeugt auch die Einsamkeit ihre Laster. Leichter werden sie in einem verdorbenen Gemüthe sich durch die Einsamkeit, entwickeln. Die Gesellschaft trägt für ihre Laster Heilmittel in der Einsamkeit, die mit jener wechselt. Aber die Sünden der wenig unterbrochenen Einsamkeit, wer heilt die, die Menschenscheue und Menschenfeindlichkeit, den Argwohn, das Mißtrauen, die Furcht u. a.?

Es soll in dem pensilvanischen Systeme das Mittel liegen, Rückfälle der Verbrecher zu verhüthen. Kein Gefängnißsystem wird allein diesen Zweck im befriedigenden Grade erreichen. Bey uns sollen Rückfälle sehr häufig, und deßhalb das pens. System nothwendig seyn. Täuschen wir uns nicht! die Ursachen der Rückfälle liegen anders wo, als in der Mangelhaftigkeit der Gefängnisse. Zur Verminderung der Rückfälle mag ein geordnetes Gefängnißwesen beytragen, doch ist es nur ein sehr kleiner Factor zu der großen Summe. — Wenn ein Strafgesetz nicht zur zeitgemäßen Milde oder Strenge greift, wenn das Verfahren oder die Gerichtsstellen, insbesondere durch zahlreiche Lossprechungen ob Mangel eines Beweises, die Straflosigkeit in Aussicht stellen, so daß der Verbrecher seine Bestrafung für einen Unglücksfall ansieht, den er in Zukunft zu vermeiden hofft, — dann werden Gefängnißsysteme häufige Rückfälle nicht verhüthen. Wenn das Vermögen einer Nation mehr und mehr sich häuft und in die Hände weniger geräth, relative Armuth immer mehr unter der Masse des Volkes heimisch wird, wenn ein Staat sich in gewissen Entwicklungsmomenten seiner Industrie befindet, zeitweilig oder dauernd Proletarier brotlos werden — kurz relative Armuth unter einer, an den Wechsel in dem Ertrage der Erwerbszweige nicht gewöhnten Bevölkerung sich verbreiten; wenn die geistigen Elemente, die herrschenden Ideen eines Volkes, oder der Zeit überhaupt eine Hinneigung zu bestimmten Übertretungen begünstigen oder wenigstens, und vielleicht richtiger gesagt, nicht erschweren, dann werden Rückfälle bey gewissen Verbrechen sehr

häufig seyn, man mag was immer für ein Gefängnißsystem einführen.

Wir müssen das pensilvanische Gefängnißsystem als eine Hinneigung zu der Ansicht ansehen, daß jeder Verbrecher moralisch krank sey, und daher mehr der moralischen Heilmittel, der Besserung, als der Strafe bedürfe. Diese Ansicht wäre nur dann richtig, gehörten nicht jene Kräfte, die das Verbrechen erzeugen, zu dem normalen Zustande der Seele. Dieses wird aber der Regel nach bey Verbrechern der Fall seyn. Schließen wir Besserung auch nicht aus, so glauben wir doch, daß Strafandrohung selbst gegen die, welche das sogenannte Besserungshaus verließen und überhaupt nicht entbehrlich, Strafe immer die Hauptsache seyn müsse, und ihr der Zweck der Besserung nur untergeordnet werden dürfe. Wo sich Strafe und Besserung vereinigen, wird der Erfolg der letzteren immer unsicher, relativ gering seyn, und die Erfolge eher der Ersteren als der Letzteren zugeschrieben werden müssen. Hart, sehr hart ist das pens. Gefängnißsystem, und darum können wir in ihm in dieser Hinsicht keinen humanen Fortschritt erkennen. Unsere Gegner werden vom humanen Standpuncte, vielleicht auch vom Standpuncte der Gerechtigkeit, schwerlich vertheidigen können, daß diese schwere Strafe über jeden Verbrecher ohne Ausnahme verhängt werden soll. Wohl macht der Nahme „Verbrecher“ den gut gesinnten Bürger schaudern, aber wir Criminalisten wissen, daß unter diese Klasse nicht gar zu selten Menschen gezählt werden müssen, die keineswegs die Verworfensten sind, gegen die jedes Strafmittel billig, gerecht und human ist. Und, wie wir eben sagten, ist bey einem Gefängnißsysteme Strafe die Hauptsache. Unter dem Vorwande zu bessern über den Straffälligen eine schärfere Strafe zu verhängen, als er verdiente, scheint uns nicht human zu seyn. Man erwiedere nicht dagegen, daß als Äquivalent für die Schärfe der Strafe ihre Dauer abgekürzt wird. Das Quale der Strafe läßt sich nicht durch das Quantum compensiren; sonst wäre die grausamste, körperliche Züchtigung von Seiten der Humanität gerechtfertigt, denn sie geht schnell vorüber.

Unstreitig ist Ordnung und Ruhe leicht unter abgesonderten Gefangenen zu erhalten. Folgsamer sind die durch die Übergewalt der Nothwendigkeit gebändigten, fast aller freyen Thätigkeit be-

raubten, durch Einsamkeit timid und menschenscheu gewordenen Sträflinge. Sie erfordern keine unausgesetzte Wachsamkeit, Thätigkeit und Energie des Directors und seines Personales, und darum mögen die Vorsteher der pensilv. Gefängnisse diese immerhin preisen und empfehlen. Das maschinenmäßige Gehorchen und Handeln zu dem gepriesenen Zwecke der Besserung, die sich als Nothwendigkeit darstellt, die Weichheit, Zerknirschung der Sträflinge, wie sie der Beschauer auffaßt, ja wohl gar die Versicherung der Sträflinge (auf Befragen), sie seyen ganz gebessert, werden dem Besucher der pens. Besserungshäuser allerdings ganz anders dünken, als die freyen, mitunter trotzigen Gesichter des ungeschlachten Haufens unserer Gefangenen [1]; allein wir haben deshalb nicht Ursache von unserer Meinung abzugehen.

Das müssen wir den pensilv. Gefängnißhäusern unbedingt einräumen, daß sie die moralische Ansteckung der Gefangenen verhüthen; allein mit einer gehörigen und zahlreichen Aufsicht wird bey einem anderen Gefängnißsysteme diese Ansteckung zwar nicht zu den unmöglichen Dingen gehören, aber selten seyn. Diesen Nachtheil wiegen die guten Beyspiele, die wohl nicht fehlen können, wiegen der zweckmäßige Unterricht, die freye That, der freye Wille, und die, wo sie möglich ist und Statt findet, standhafte, gründliche, erprobte Besserung auf.

Daß wir nicht Gefangenanstalten vertheidigen wollen, in denen 20 und mehr Gefangene, in einem Zimmer eingeschlossen, sich selbst überlassen sind und nur, wenn es zur Arbeit geht, durch einen Zuchtmeister wie ein Gespann Rinder dazu getrieben werden, deren Bildung höchstens eine Sonntags gehaltene Predigt ist, und deren Thun und Treiben außer der Arbeit weder einer Aufsicht noch Leitung unterliegt, um die man sich überhaupt sonst nicht kümmert, außer im Falle eines Todtschlages, Überwältigung der Wache, oder nach einem spät entdeckten Ausbruchsversuche, — das versteht sich von selbst.

Man wird fragen, wie den Nordamerikanern, der Gesammtheit der aufgeklärten Nation, diese hier angeführten Gegengründe

---

[1]) S. den heurigen Kalender (!) zur Verbreitung gemeinnützigen Wissens und Prinz Oskar von Schwedens bekannte Broschüre.

verborgen bleiben konnten? Wir bemerken hierüber, daß in Nordamerika das erste pensilv. Besserungshaus durch Private entstand. Wie Private ihre Capitalien der Wohlthätigkeit zuwenden wollen, das ist ihnen überlassen. Im Fache der Wohlthätigkeit folgen die Meisten weniger der Überzeugung von der Nützlichkeit der Capitalsverwendung, als — dem Zuge ihres Herzens. Besserung der Sträflinge ist ein edler Zweck. Ist das Beginnen nicht absolut schädlich, so werden demselben von Staatswegen keine Hindernisse entgegen gestellt werden, zumahl wenn die Unterlassung der Handlung auch nur den kleinsten Vortheil dem Staate entzieht. Für absolut schädlich haben wir das pensilv. System nicht erklärt, nur die überwiegend klaren Vortheile bestritten, und gemeint, daß ein anderes Gefängnißsystem, mit Opfer und Einsicht zur Ausführung gebracht, günstigere Resultate liefern werde. Darum ist aber das pensilv. Gefängniß besser, als ein Gefängniß, das wir im vorstehenden Absatze schilderten, und wo das Gefängnißwesen auf dieser Stufe steht, mag allerdings das pensilv. Gefängnißsystem willkommen seyn. Das pensilv. Gefängnißsystem war im Ursprunge die ausgeführte Ansicht einiger Staatsbürger. Denen, welche der letzteren anhängen, rufen wir die evangelischen Worte zu: »Gehet hin, und thut desgleichen!“ Aber von Staatswegen, mit den Geldmitteln des Staates dieses System auszuführen, scheint uns nicht wünschenswerth.

Nehmen wir als Beyspiel die öst. deutschen Länder. Sie würden über 8000 Sträflinge zählen. Die Errichtungskosten für pensilv. Besserungshäuser, denen wir den Rechtstitel ihres Titels streitig machen müssen, für einen Gefangenen mit 1500 fl. berechnet, gäbe, für die öst. deutschen Provinzen die Summe von 12 Millionen, die zur Errichtung der geforderten Gefängnisse erforderlich wären. Wollen wir auch die Untersuchungsgefängnisse nach demselben Systeme errichten, so überstiege jene Summe, die für Gefängnisse erforderlich wäre, mehr als das Doppelte jenes Betrages. Ließe sich diese Ausgabe für einen im günstigsten Falle relativ geringen Vortheil rechtfertigen?

Die Verwaltung eines Staates wird nie und nimmer Humanität auf Kosten höher stehender Zwecke üben; denn ein Staat ist mehr als eine Humanitätsanstalt. Man mag die Sache wenden, wie man will, Besserung der Sträflinge fällt der Humanität an-

heim, und gehört nicht mehr zur Sorgfalt für die öffentliche Sicherheit, als die Volkserziehung, vielleicht noch weniger. Der Verfasser des bezogenen Aufsatzes meint zwar, lieber Gefängnisse nach dem pensilv. System und etwa krumme Gassen. Damit wäre es wohl nicht abgethan, selbst wenn wir noch schlechtes Straßenpflaster hinzufügen; denn nicht überall gibt es an den Gassen etwas gerade und nicht überall ist das Straßenpflaster noch schlechter zu machen. Sagen wir es gerade heraus: die mehr als 24 Millionen müssen wir dem Commerzialwesen, dem Handel, der Industrie entziehen; denn von einem zureichenden Überschusse der Staatseinnahmen kann keine Rede seyn, und die uns vorgeschlagenen Ersparnisse an winklichen Gassen und Straßenpflaster sind, abgesehen davon, daß sie nicht aus dem Staatssäckel bestritten werden, und einer Gemeinde die Verwendung ihres Vermögens wenigstens einigermaßen überlassen bleiben muß, offenbar unzureichend. Gehen dem Handel und der Industrie Capitalien verloren, dann sinkt der Nahrungsstand des Volkes, und Armuth und Noth wird immer die ergiebigste Quelle von Verbrechen seyn, die durch kein Gefangenhaus verstopft werden kann.

Ist noch manches für die Volkserziehung der Provinzen, in welcher Verbrechen häufig sind, zu thun, dann werden für Unterrichtsanstalten die Capitalien zu höheren Zinsen angelegt, als für pensilv. Gefängnisse; denn nicht nur, daß durch Unterrichtsanstalten dem Volke auf natürlichem Wege und in jener Lebensepoche Unterricht gebothen wird, welche dafür am empfänglichsten ist, und dadurch den Verbrechen, die aus Mangel an Erziehung entstehen, vorgebeugt wird, sondern und vorzüglich wird die Volksbildung intelligente und nützliche Staatsbürger bilden, die in sich die Bedingungen zum hinreichenden Erwerbe, äußeren und inneren Glücke tragen, und dadurch das Staatswohl fördern; denn Intelligenz ist Kraft.

Der Erziehung und dem öffentlichen Wohlstande Capitalien entziehen, — von dem, daß für beyde schon alles gethan sey, kann keine Rede seyn — und sie der Besserung der Sträflinge zuwenden, heißt Wunden schlagen, um der Humanität willen, sie zu heilen.

Ob und welcher Reform unsere Gefängnisse unterzogen wer-

den sollen, dieß zu entscheiden, ist nicht unsere Aufgabe. Wir müssen vertrauen, daß unsere weise und humane Verwaltung den Weg der Reform, wenn er gebothen ist, gehen werde, und so viel wir wissen, ist Manches hierzu vorbereitet. Wir sehen jedenfalls einer richtigeren Entscheidung und Wahl der Mittel entgegen, als wir anpreisen könnten, zumahl das in seinen Grundsätzen anerkannte richtige System für einen bestimmten Staat das nicht richtige seyn kann [1]).

---

[1]) Zwischen Inquisitions- und Strafgefängnissen wollen wir einen Unterschied festgestellt wissen, und gestatten keine Schlußfolgerungen von den Einen auf die Anderen. Bey Untersuchungen handelt es sich um Ermittlung der Schuld, welcher Zweck durch die Gemeinschaft mit anderen Mitinquisiten allerdings vereitelt werden kann, während in Strafgefängnissen durch die Gemeinschaft der Hauptzweck Strafe gar nicht gefährdet und auch Besserung nicht ausgeschlossen ist. Dort entspricht es dem Interesse des Untersuchten durch alle Mittel der Strafe zu entgehen, hier hat er kein Interesse schlechter zu werden; dieß geschieht zufällig und ist darum zu vermeiden.

Was ist Capital

nach dem allg. bürgerl. Gesetzbuche vom Jahre 1811.

Vom

Herrn Dr. Anton Leopold Dierl,

Hof- und Gerichtsadvocaten, emer. Decan der Wiener jur. Facultät.

Oftmahls ist in mir der Wunsch rege geworden, daß die Literatur ein österreichisches Civilrechts-Lexicon zu Tage fördern möchte. Vor längerer Zeit haben zwey österreichische Rechtsgelehrte ein solches angekündigt, und hierzu einen Prospect geliefert; erscheint dieses Werk, so wird es gewiß Treffliches enthalten, und freudig begrüßt werden; allein ein Jeder hat so seine Weise, wie der Wandsbecker-bothe sagt, und da will es mich bedünken, daß nach dem Programme zu urtheilen, das künftige Werk zwar eine umfassende Darstellung der Literatur unseres Civilrechtes geben, minder aber den Zweck eines Lexicons erreichen werde. Ich versuche es, meine Gedanken durch einen practischen Fall zu verdeutlichen.

Ein Erblasser macht folgende Anordnung: „Zum Universalerben ernenne ich meinen Vetter; ich substituire demselben seine erstgebornen Söhne, das heißt, der erstgeborene Sohn, den er hinterläßt, erbt mein Vermögen, mit Ausnahme der Geldcapitalien, welche meinem Vetter frei bleiben sollen.“ Was unter dem Worte „Capital“ zu verstehen sey, scheint im gemeinen Leben auf flacher Hand zu liegen: was begreift nun das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch darunter?

Nach dem Leitfaden seines alphabethischen Registers dürften diesen Begriff die Schlagworte „Forderung — Hauptstamm — Gläubiger“ — am meisten fördern.

Vor Allem versteht das Gesetz unter dem Capitale eine Hauptsache im Gegensatze zu den Nebengebühren und Früchten (§. 912). Weiters heißt es im §. 1182: „Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmt worden ist, macht das Capital oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus.“ In dieser Allgemeinheit gehören zum Capitale auch bares Geld und Realitäten. Unzweydeutig weiset der eben bezogene Gesetzes-Paragraph aber noch auf

ein solches Vermögen hin, welches dazu dient, einen Nutzen abzuwerfen. Berücksichtiget man weiters jene Paragraphe, in welchen Capital und Zinsen sich entgegengesetzt werden (§§. 233—236, 510, 512, 912, 998, 999, 1001), so stellt sich das Capital als eine selbstständige Geldforderung dar, welche als solche gedacht zu werden vermag, ohne zu ihrem Daseyn das Bestehen einer zweyten Forderung nöthig zu haben, oder mit anderen Worten: eine auf einem Rechtstitel beruhende (also einem Gläubiger zustehende) Geldforderung, welche einen selbstständigen Hauptstamm bildet; wogegen Zinsen (Interessen) für Geldforderungen zu erklären seyn werden, deren Existenz durch das Bestehen einer Hauptforderung bedingt ist.

Bares Geld scheint nicht immer dem Capitale gleichgestellt, vielmehr ergibt sich, daß die Vorschriften über Geldforderungen nicht allenthalben auf das bare Geld passend seyen (§§. 6, 230, 371, 510), ja in einzelnen Stellen (§§. 230, 510) ist die Abgränzung zwischen barem Gelde und Capitale unverkennbar ausgesprochen, und wenn gleich oftmahls dort, wo das Gesetz von Forderungen spricht (§§. 443, 449, 663), das Capital sammt Zinsen angenommen werden muß, so wird doch zugegeben werden müssen, daß nicht jede Geldforderung einem Capitale gleichgehalten werden müsse. Es wurde sich hier auf das Gebieth des bürgerl. Gesetzbuches beschränkt, ohne etymologische oder civilistische Auseinandersetzungen ex jure communi einzumengen, die freylich einem Lexicon des österr. Civilrechtes nicht ganz werden fremd bleiben können. Wesentlich bey einem derley Unternehmen scheint mir die Gewinnung einer Definition in der Art, daß der Gesetzgeber unter einem bestimmten Schlagwort das Definitum gedacht habe, oder gedacht haben müsse. Der Leser wird sich in dieser Beziehung Schuster's Abhandlungen über den Begriff der Vormundschaft und Curatel — der verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen — der Gesammtsachen 2c. vergegenwärtigen. Möchte doch das juridische Publicum von dem hochverehrten Commentator des allg. bürgerl. Gesetzbuches an der Wiener Universität mit einem solchen Lexicon beglückt werden. In jüngster Zeit ist zwar ein Lexicon sämmtlicher Worte des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches mit Angabe aller Paragraphe erschienen, in welchen dieselben enthalten sind. Die Mühe, Verdienstlichkeit und Brauchbarkeit dieses Werkes gebe ich mit Vergnügen zu; allein eigentlich werden dadurch doch nur Materialien eines erst zu schaffenden Lexicons geliefert, und dann ist die große Frage zu sichten, ob wohl jedes Wort in allen jenen Stellen des Gesetzbuches, in denen es vorkömmt, immer dieselbe Bedeutung habe?

Recension.

Systematisches Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen und der auf dasselbe sich unmittelbar beziehenden Gesetze und Verordnungen. Von J. K. J. Maucher, Criminal-Justizrathe der k. k. Haupt- und Residenzstadt Wien. Wien, bey Braumüller und Seidel 1844. 1, und 2. Lieferung.

Vierzig Jahre sind nun bereits verflossen, seit der für die Verbesserung der vaterländischen Gesetzgebung rastlos bemühte Kaiser Franz I. sein Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeyübertretungen in Wirksamkeit treten ließ. Der Grund, welcher den Gesetzgeber zur Erlassung des neuen Strafgesetzes bewog, war, wie er in dem Kundmachungspatente desselben (Absatz I) selbst ausspricht, „die Überzeugung, daß die Gesetzgebung, überhaupt, hauptsächlich aber die Strafgesetzgebung, nach den über die bestehenden Gesetze eingehohlten Erfahrungen, nach dem Fortschreiten der Kenntnisse und Cultur, und nach den veränderten Umständen zu vervollkommnen ist.“ Diese Umstände, welche mit der Natur eines regen Staatslebens, mit der fortschreitenden Entwicklung der intellectuellen Bildung, der industriellen Thätigkeit, des erweiterten Handelsverkehres, und der dadurch nothwendig herbeygeführten Ungleichheit der materiellen Güter und Vermehrung der Bedürfnisse einerseits und der erschwerten Möglichkeit ihrer Befriedigung andererseits, so wie mit der aus diesen Verhältnissen leichter sich entwickelnden] Sucht nach sinnlichen Genüssen, und verminderten Gewissen-

haftigkeit in der Wahl der Mittel zu ihrer Erlangung, im innigen Zusammenhange stehen, wirkten aber bisher, und wirken noch heute, und eben so kräftig wie damahls, und stets soll die auf die wichtigsten Güter des Staatsbürgers, Ehre, Freyheit und Leben so einflußreiche Strafgesetzgebung diesen immer wechselnden Verhältnissen anpassend seyn. Österreichs Beherrscher, in väterlicher Sorge für das Wohl ihrer Völker, haben von jeher auf diesen Zweig der Gesetzgebung ein vorzügliches Augenmerk gerichtet, um mit den Anforderungen der Zeit fortzuschreiten, und sind derselben, wie ein Rückblick auf die in Österreich schon so früh geschehene Einführung eines allgemein gültigen, vaterländischen Strafgesetzes, die Abschaffung der Folter und der verschärften Todesstrafen, die verminderte Anwendung und zeitweilige gänzliche Aufhebung der Todesstrafe überhaupt, zeigt, oft sogar weit vorausgeeilt. Die stets wachsame Sorgfalt der Gesetzgebung begnügte sich daher auch nicht ein neues, wenn auch noch so vortreffliches Strafgesetz erlassen zu haben, sondern sie hat es seither fortwährend durch die mannigfachsten Anordnungen theils erläutert, theils in wesentlichen Theilen abgeändert, in seiner Anwendung theils beschränkt, theils erweitert, theils aufgehoben. Die Kenntniß aller dieser Anordnungen ist daher nicht nur für den mit der Strafrechtspflege betrauten Beamten, sondern auch für jeden anderen Staatsdiener, für jeden Rechtsgelehrten, ja in vieler Beziehung für jeden Staatsbürger unumgänglich nothwendig.

Österreichs Gesetzgebung ist aber ein organisches Ganzes, in welchem ein Theil mit dem anderen im innigen Zusammenhange und steter Wechselwirkung sich befindet. Die Strafgesetzgebung im weitesten Sinne, wird durch das bestehende Strafgesetzbuch, und die zunächst die Anordnungen desselben erläuternden, beschränkenden oder erweiternden Nachtragsgesetze nicht erschöpft. Das Strafgesetzbuch selbst (§§. 60, 77, 82, 420 I. Thl. und Schlußsatz des I. Anhanges neuerer Verordnungen, in der Ausgabe v. J. 1815) beruft sich auf andere bestehende Gesetze, und jedem nur einigermaßen mit der Strafrechtswissenschaft Vertrauten wird es bekannt seyn, daß eine bedeutende Menge allgemeiner und besonderer Anordnungen aus dem Gebiete der juridischen, politischen, finanziellen und militärischen Gesetzgebung bestehen, welche die Anordnung des

eigentlichen Strafgesetzes unmittelbar und zunächst mannigfach modificiren, und deren Kenntniß dem Criminalisten, wenn er nicht häufig die Gränzen seiner Sphäre ungebührlich erweitern, oder manche wesentliche Bestimmung unerfüllt lassen soll, eben so unentbehrlich ist, als jene der eigentlichen Strafgesetzgebung selbst.

Die österreichische Strafgesetzgebung ist aber auch keine ganz neue Schöpfung, und das Kundmachungspatent des Gesetzbuches über Verbrechen vom Jahre 1803 deutet selbst darauf hin (Abs. 3 und 4), daß es dabey wesentlich um Verbesserung der ältern Strafgesetze zu thun war, und nirgends sind diese früheren Anordnungen ausdrücklich aufgehoben. Es gibt daher noch sehr viele, ältere Verordnungen als das Strafgesetzbuch, welche dasselbe in mancher Beziehung erläutern, und noch fortwährend neben demselben practische Geltung haben. Auch diese zu kennen, ist daher für denjenigen, der sich die Strafgesetzgebung in ihrem ganzen Umfange eigen machen will, von großer Wichtigkeit.

Endlich besteht aber noch eine sehr große Anzahl von Anordnungen, welche zunächst die Criminalgerichte als öffentliche Behörden betreffen, welche ihre Rechte, den Umfang ihrer Amtsgewalt, ihre Wechselwirkung unter sich selbst und mit anderen Behörden des In- und Auslandes, die Art der Geschäftsbehandlung bey denselben, die Eigenschaften und die Bestellung der Beamten und Diener, endlich den so wichtigen Punct der Kosten und Einbringung derselben auf das umständlichste normiren. Sind auch diese Verordnungen für das Strafrecht unmittelbar, und die bloße theoretische Kenntniß desselben minder wesentlich, so sind sie doch für den practischen Criminalisten von entschiedener Wichtigkeit.

Ist demnach das Studium der österreichischen Strafrechtswissenschaft, zunächst in ihrer Eigenschaft als Criminalrechtswissenschaft betrachtet, schon durch die Menge der darauf bezüglichen gesetzlichen Anordnungen sehr schwierig, so wird diese Schwierigkeit noch dadurch erhöht, daß die betreffenden Gesetze nirgends in einer officiellen Sammlung vereint, sondern in den mannigfaltigen ämtlichen und nicht ämtlichen Gesetzsammlungen zerstreut vorkommen, in welcher die Verordnungen nicht nach Materien geordnet, sondern lediglich in chronologischer Reihenfolge, alle Zweige der Gesetzgebung gleichmäßig umfassend, aufgeführt sind.

Seit dem Erscheinen des neuen Strafgesetzbuches waren daher schon zu verschiedenen Zeiten mehrere Schriftsteller bemüht, die auf das Strafgesetz über Verbrechen bezüglichen Gesetze und Verordnungen zu sammeln, und haben sich dadurch um die Kenntniß und Ausübung des Strafgesetzes wesentlich verdient gemacht. Allein soll eine solche Privatgesetzsammlung ihrer eigentlichen Bestimmung entsprechen, soll sie ein vollständiger Inbegriff der Strafgesetzgebung, nicht nur in ihrem momentanen Bestande, sondern auch in ihrer historischen und systematischen Entwicklung, in ihrem weiten Umfange und ihren Verzweigungen, soll sie für den Theoretiker sowohl, als für den Practiker ein sicherer Führer durch das weite Feld der gesetzlichen Bestimmungen seyn, soll sie diese Zwecke erreichen, ohne in ein bloßes Aufhäufen von Verordnungen ohne Plan und inneren Zusammenhang auszuarten, so sind die Anforderungen an ein solches Werk groß, schwierig zu erfüllen, und erheischen von Seite des Compilators nicht geringe Kenntnisse, Fleiß und Umsicht.

Vollständigkeit ist das erste, wornach jeder Theoretiker und Practiker begehrt. Alles will er in einer solchen Sammlung finden, was nur immer auf sein Fach Bezug hat, was ihm bis in die Detailanordnungen einzelner Parthien nothwendig und nützlich erscheint. — Aus der Masse der bestehenden, hunderte von Bänden zählenden Gesetzsammlungen das Nothwendige herauszusuchen, ohne dabey Verordnungen aufzunehmen, welche schon veraltet oder ungültig geworden, oder von höchst geringer Anwendbarkeit sind, oder andere zu übersehen, welche scheinbar minder wichtig es in einzelnen Fällen doch sind, aus jedem Zweige der Gesetzgebung das auf das Strafrecht näher oder entfernter Bezug habende aufzunehmen, ohne durch allzugroße Ängstlichkeit oder aus Mangel einer klugen Auswahl eine nur mit Mühe zu übersehende Menge von Verordnungen anzuhäufen, das ist die Aufgabe, der der Compilator gewachsen seyn muß, eine um so schwierigere Aufgabe, als bey der großen Verschiedenheit der Ansichten über die Wichtigkeit mancher Anordnungen wohl nie allen speciellen Wünschen in dieser Beziehung entsprochen werden kann.

Aber nicht nur Alles, was nur immerhin Bezug auf die Criminalgesetzgebung hat, will man in einer solchen Gesetzescompilation finden, sondern man will es auch, soll die Benützung eines

solchen Werkes nicht zur zeitraubenden Mühe werden, schnell und leicht auffinden. Nicht leicht ist daher schon die Auswahl der zweckmäßigsten Anordnungen der gesammelten Gesetze und Verordnungen. Und glaubt man diese auch in der einen oder anderen Art und Weise gefunden zu haben, so hat nicht jede Verordnung eine so bestimmt ausgesprochene Beziehung, daß ihre Einreihung gar keinem Zweifel unterliegen sollte, sondern gar viele lassen sich aus so verschiedenen Gesichtspuncten betrachten, daß die Berücksichtigung derselben, ohne in unnütze Wiederhohlungen zu verfallen, eine besondere Umsicht fordert. Die Zweckmäßigkeit der verschiedenen Arten der Anordnung von Gesetzcompilationen zu besprechen, liegt aber zunächst uicht im Gebiethe dieses Aufsatzes.

Ein drittes wesentliches Erforderniß einer jeden Privat-Gesetzsammlung ist aber die dem Benützer derselben verschaffte Überzeugung, daß die darin aufgenommenen Gesetze und Verordnungen wirklich als solche bestehen, gehörig kundgemacht sind, und welche allgemeine oder auf besondere Gebiethstheile beschränkte rechtliche Wirksamkeit sie haben. Auf Privatgesetzsammlungen sich zur Begründung von Entscheidungen zu berufen, ist durch die bestehenden Gesetze (Hfd. v. 15. July 1823, Nr. 1953; Hfkzldcrte. vom 15. April 1833, Nr. 2607 und vom 6. November 1833, Nr. 2634 d. J. G. S.) verbothen. Soll daher eine Anwendbarkeit derselben sowohl in der practischen Amtswirksamkeit, als auch für den Theoretiker zur festen Basirung seiner Lehrsätze möglich werden, so ist die gewissenhafte Erfüllung der vorerwähnten Anforderung eine Lebensfrage für jede derley Sammlung, denn nur in ihrer Eigenschaft als Auszug aus ämtlichen Gesetzsammlungen und in ihrer Beziehung auf dieselben mag auch ihre practische Brauchbarkeit und Verläßigkeit nicht abgesprochen werden.

Ungeachtet also die zweckmäßige Bearbeitung einer Gesetzescompilation überhaupt, und insbesondere auf dem Gebiete der Criminalgesetzgebung, eine schwierige, unermüdeten Fleiß und eifriges Studium des Grundgesetzes und aller übrigen Gesetze und Verordnungen fordernde Arbeit ist, so hat doch, wie schon oben erwähnt, das dringende Bedürfniß verschiedene Sammlungen der Verordnungen zu dem Strafgesetze über Verbrechen in das Leben gerufen, keine darunter so den gestellten Anforderungen — insbesondere rück-

sichtlich der Vollständigkeit und zweckmäßigen Einreihung, weniger in Bezug auf Authenticität — entsprochen, keine ist so allgemein geschätzt und beliebt geworden, als Borzicky's im Jahre 1815 erschienenes Handbuch. Allein der seit seinem Erscheinen verflossene Zeitraum von beynahe 30 Jahren, hat die Brauchbarkeit desselben sehr vermindert, weßhalb sich auch mehrere Nachfolger in Verfassung solcher Handbücher gefunden haben, namentlich von Zimerl 1826, von Schohay 1832, Visini 1832 (von ihm selbst und Blumentritt fortgesetzt bis 1839) und Waser 1839. Diese vier Compilatoren, welche zugleich Repräsentanten von vier verschiedenen Arten der Anordnung gesammelter Verordnungen sind, reichen aber in keiner Beziehung, am wenigsten in der Vollständigkeit an ihren Vorgänger. Schohay, der eine Einreihung nach alphabethischen Schlagwörtern mit Aufnahme des Textes des Grundgesetzes selbst wählte, und Visini, der die chronologische Ordnung vorzog und durch zwey Register, eines nach Paragraphen und ein alphabethisches das Auffinden einzelner Verordnungen möglich machte, sind noch am vollständigsten; allein so schwer, ja fast unmöglich es ist, bey Schohay eine Verordnung zu finden, von der man bloß das Datum weiß, eben so schwierig ist es bey Visini eine zu finden, von der man das Datum nicht weiß, auch ist die Quellenangabe bey Visini unvollständig, bey Schohay fast ganz unterlassen. Zimerl traf eine Einreihung der gesammelten Verordnungen nach den Paragraphen des Gesetzes, ohne diese aufzunehmen, auch er ist unvollständiz und ohne genaue Quellenangabe. Waser's Sammlung hat sich als neueste eine größere Beliebtheit errungen, sowohl durch die Aufnahme des Gesetztextes, als auch dadurch, daß er, wie Borzicky, die Verordnungen den betreffenden Paragraphen anreihte, und durch viele Citate den verschiedenen Beziehungen einer Verordnung auf mehrere Gesetzesstellen einigermaßen abhilft. Doch läßt auch diese Sammlung rücksichtlich der Vollständigkeit und Quellenangabe vieles zu wünschen übrig. — Seit September 1839 bis jetzt fehlte jede Gesetzsammlung über den I. Theil des Strafgesetzes.

Um so erfreulicher ist es daher in dem vorliegenden „systematischen Handbuche des österr. Strafgesetzes über Verbrechen" ein Werk begrüßen zu können, dessen Herr Ver-

fasser ersichtlich keine Mühe gespart hat, seiner Arbeit jenen Grad der Vollkommenheit zu geben, welcher bey den beschränkten Kräften des Einzelnen und den unendlich verschiedenen Ansichten über die Erfordernisse einer solchen Compilation zu erreichen möglich ist. Obwohl dasselbe noch nicht vollendet vorliegt, so bilden doch die erschienenen beyden ersten Lieferungen, den ersten Abschnitt des Gesetzes über Verbrechen behandelnd, gewissermaßen ein systematisches Ganzes, welches sowohl an und für sich, als auch weil es vollkommene Einsicht in den von dem Herrn Verfasser befolgten Plan gibt, zu einer ausführlichen Besprechung und vorläufigen Würdigung des Ganzen sich eignet.

Wie keines seiner Vorgänger entspricht dieses Werk allen oben aufgeführten an eine Privatgesetzsammlung zu stellenden Anforderungen. — Die Vollständigkeit, soweit es sich nämlich vor der Hand um das eigentliche, materielle Strafgesetz handelt, läßt wohl nichts zu wünschen übrig, und es dürfte in allen bis Ende Juny 1843 erschienenen gedruckten officiellen allgemeinen und Provincial-Gesetzsammlungen, nicht leicht eine Verordnung zu finden seyn, die auf den vorliegenden Gesetzesabschnitt Bezug hätte, und die nicht ausführlich aufgeführt, oder wenigstens, als an einer spätern Stelle des Werkes vorkommend, berufen wäre. Mit demselben Fleiße sind aber auch alle bestehenden Privatgesetzsammlungen benützt, und die daraus gezogenen mannigfaltigen Anordnungen können, mag auch ihre practische Anwendbarkeit zweifelhaft seyn, als ergangene einzelne Belehrungen manchen theoretischen Nutzen gewähren. Dennoch dürfte dieser Sammlung weniger ein Mangel, als vielmehr ein Überfluß, besonders an älteren nicht mehr gültigen, und an, aus bloßen Privatgesetzsammlungen gezogenen, Verordnungen vorgeworfen werden. Wenn man aber bedenkt, daß es dem Herrn Verfasser darum zu thun war, auch die historische Entwicklung mancher gesetzlichen Anordnung darzustellen, z. B. bey der Verletzung gerichtlicher Siegel, so wie daß bey der lichtvollen Eintheilung und chronologischen Reihenfolge, nicht leicht eine Verwechslung der älteren ungültigen, mit der nun geltenden Verordnung geschehen kann, daß ferner die aus Privatgesetzsammlungen entnommenen Verordnungen doch vielfach brauchbar sind, daß endlich den verschiedenartigsten Wünschen der Benützer dieser Samm-

lung so viel möglich entsprochen werden sollte, so mag dieses Zuviel leicht eine Entschuldigung finden.

Aber nicht nur die Menge der gesammelten Verordnungen, auch die besonders zweckmäßige Art ihrer Einreihung verdient volle Anerkennung. Nach dem Muster Borzicky's wurden die Verordnungen bey jedem Paragraphe, oder bey jedem abgesonderten Puncte eines Paragraphes — denn der Text des Grundgesetzes ist, wie es sich bey einem „Handbuch des Strafgesetzes" von selbst versteht, aufgenommen — wo sie zunächst hingehören, angereiht. Die Verordnungen selbst, welche aus mehreren verschiedenen Puncten bestehen, wurden ebenfalls getrennt, und jeder Punct an seinen Platz im Gesetze eingereiht. Zu bedauern ist nur, daß dieses letztere System, wie unten einige Beyspiele zeigen werden, nicht consequent durchgeführt ist, da doch gerade diese Methode die Vollständigkeit und leichte Übersicht in speciellen Parthien des Gesetzes wesentlich befördert. Hat eine Verordnung aber auf verschiedene Gesetzesstellen Beziehung, so ist sie bey jeder, wo sie nur einigermaßen hinpaßt, berufen. Diese Berufung geschieht aber nicht bloß durch Anführung des Datums und der Zahl der Verordnung, sondern auf eine neue, und diesem Werke eigenthümliche Art, mittelst Beyfügung von kurzen Überschriften, welche den wesentlichen Inhalt der Verordnung enthalten. Welch großen Vortheil diese Citirungsart bey Benützung des Handbuches gewährt, indem es dabey nicht leicht möglich ist, irgend eine wichtigere Anordnung zu übersehen, es auch dem mit dem Gesetze bereits vertrauten Theoretiker und Practiker in vielen Fällen genügt, die Essenz einer Verordnung sammt deren Datum und Zahl schnell zu wissen, leuchtet von selbst ein. Handelt es sich aber den vollständigen Inhalt einer solchen berufenen Verordnung einzusehen, so ist dieselbe bey der trefflichen Einrichtung, daß alle Verordnungen mit auffallenden Zahlen fortlaufend numerirt sind, und jedem Citate diese Zahl sammt dem Gesetzesparagraphe, bey welchem die Verordnung steht, beygefügt ist, mittelst der Colonnentitel leicht und schnell zu finden. Eben so wie einzelne Verordnungen sind aber die auf das Strafgesetz bezüglichen Stellen anderer Gesetzbücher, z. B. des allg. bürgl. Gesetzbuches, der Gerichtsordnungen, u. s. w. durch solche Überschriften berufen, wodurch

die Unbequemlichkeit, die daraus entstehen kann, daß die betreffenden Paragraphe dieser Gesetzbücher zur Raumersparung nicht ihrem reellen Inhalte nach abgedruckt sind, wesentlich vermindert, und mitunter ganz behoben wird (Siehe z. B. bey §. 23 S. 196 u. f.). Auch hier könnte von mancher Seite der Vorwurf erhoben werden, daß dieser Citirungen gar zu viele seyen, und daß dadurch bey den beständigen Wiederhohlungen der Gang des Werkes ungemein schleppend wird. Allein auch das Gewicht dieses Vorwurfes mindert sich durch die Betrachtung, daß dem Studierenden und dem minder gewandten Criminalisten die Beziehungen der gesetzlichen Anordnungen unter sich nicht so geläufig sind, wie dem mehr erfahrenen Theoretiker oder Practiker, und dieses Handbuch ersteren eben so nützlich und brauchbar seyn soll als letzteren, und daß auch das Schleppende in der Bearbeitung dann verschwindet, wenn das Handbuch, was auch am häufigsten geschehen dürfte, zur Rechtserhohlung über einzelne Parthien des Gesetzes benützt wird, wobey es dann im Gegentheile gerade sehr zweckmäßig ist, an jeder Stelle alles Wissenswerthe beysammen zu finden.

Was endlich die Authenticität der aufgenommenen Verordnungen betrifft, so hat der Hr. Verfasser das Möglichste geleistet. Bey jeder Verordnung ist gewissenhaft angegeben, ob sie aus einer ämtlichen allgemeinen oder aus einer oder mehreren Provincialgesetzsammlungen geschöpft, oder ob sie nur aus einer Privatgesetzsammlung gezogen sey, welche Angabe selbst dann überall beygefügt ist, wenn eine Verordnung nur als Citat berufen wird. Hierdurch erhielt die vorliegende Gesetzcompilation erst ihren vorzüglichen practischen Werth, der sie in allen Provinzen des Kaiserstaates mit gleicher Verläßigkeit brauchbar macht.

Zeichnet sich demnach dieses systematische Handbuch in diesen allgemeinen Gesichtspuncten vor allen anderen ähnlichen Werken aus, so besteht aber sein eigenthümlicher Vorzug in der den Titel rechtfertigenden systematischen Behandlung des Ganzen. Weßely war der erste, der es in seinem Handbuche der allg. G. O. versuchte, durch eigene hinzugefügte Grundsätze, Überschriften und Abtheilungen aus einer trockenen Gesetzcompilation eine Art systematischen Lehrbuches zu bilden. In dem vorliegenden Werke ist aber diese Behandlungsweise auf das umfassendste angewendet und ver-

vollkommt. Nicht nur die steten Berufungen, bey den einzelnen Gesetzesparagraphen auf die verwandten Stellen des I. und II. Theiles des Strafgesetzes, die überall angeführten Beziehungen der aufgenommenen Verordnungen unter sich und zu dem Gesetze, der stets im Auge behaltene Zusammenhang der materiellen und formellen Bestimmungen des Strafgesetzes, sondern ganz besonders das Zusammenfassen der gesammelten Gesetze und Verordnungen unter allgemeine Gesichtspuncte, wie dieselben im Gesetze selbst angedeutet vorkommen, die logische Unterabtheilung derselben, die treffliche Anordnung und leichte Übersicht dieser Puncte, welche Sorgfalt sich bis in das kleinste Detail erstreckt, machen dieses Werk zu einem wahren Lehrbuche des Strafrechtes, welches lediglich auf das klare Wort des Gesetzes gegründet, den Benützer desselben sicherer zur richtigen Kenntniß des Strafgesetzes führen wird, als manche gelehrte Abhandlung. Nur auf diese Art war es möglich, einzelne Parthien des Gesetzes so zu bearbeiten, wie es z. B. beym §. 23 rücksichtlich der nachtheiligen Folgen der Criminalurtheile, beym §. 33 über die Auslieferung der Verbrecher und die Correspondenz mit dem Auslande, bey dem ganzen Hauptstücke von der öffentlichen Gewaltthätigkeit, beym §. 92 über die öffentlichen Creditspapiere, beym §. 178 über die öffentl. Urkunden, u. s. w. geschehen ist, welche Parthien wahre Glanzpuncte dieser Sammlung, und und in solcher Vollständigkeit und Übersichtlichkeit noch nirgends vorgekommen sind.

Zeigt sich schon hierdurch der Hr. Verfasser nicht bloß als emsiger Compilator, sondern als denkender Bearbeiter, der seinen Stoff durchdrungen und aus einer höheren Ansicht, als gewöhnlich geschieht, aufgefaßt hat, und der Lösung der sich gestellten schwierigen Aufgabe vollkommen gewachsen war, so erscheint er noch mehr als gewandter Criminalist in der Behandlung des Kundmachungspatentes, welche, obwohl von geringem practischen Nutzen durch die darin enthaltene Geschichte des Strafgesetzes, die Aufzählung seiner Quellen, seiner Literatur, endlich durch die detaillirte Darstellung des Systems der neuen Strafgesetzgebung in seinen Grund- und Folgesätzen, großen literarischen Werth hat. Eben so schätzbar sind auch die von dem Hrn. Verfasser überall beygefügten Notizen aus der früheren Gesetzgebung.

Bey den großen Vorzügen dieses Werkes möge es mir daher

nicht als unbescheidene Tadelsucht ausgelegt werden, wenn ich auf einige Stellen in denselben aufmerksam mache, die nach meiner Ansicht mangelhaft erscheinen, indem ich glaube, daß dem Hrn. Verfasser jede Andeutung, wie sein Werk in einzelnen Theilen anders oder besser gemacht werden könnte, nicht unwillkommen seyn dürfte.

Indem ich es dahin gestellt seyn lasse, ob die beyden ersten Verordnungen (1 und 2) wirklich als auf das Strafgesetz unmittelbar Bezug habend, ihrem vollen Inhalte nach in diese Sammlung gehören, muß ich doch erinnern, daß S. 73 in der Anmerkung statt des Pat. v. 11. Aug. 1804, das Hfd. v. 21. Aug. 1806 hätte citirt werden sollen, weil in diesem, nicht aber in jenem die berührte Anordnung vorkommt.

Bey §. 22 wäre es nicht uninteressant gewesen, die darin erwähnten Anfangsbuchstaben der Provinzen, wie sie in dem Theresianischen Strafgesetze, Art. 6. §. 4 vorgeschrieben sind, angeführt zu finden.

Beym §. 23 wäre unter den strafrechtlichen Folgen eines Criminalurtheiles auch der im §. 384 c. St. G. I. Th. gegründete Verlust der Glaubwürdigkeit eines Zeugen in Criminalfällen aufzuführen gewesen.

Beym §. 25 gehört zu den citirten Ausnahmsfällen auch noch das Patent vom 7. May 1813 (381 und die Anm.).

Beym §. 33 begegnen wir dem ersten Falle, wo eine aus mehreren verschiedenen Theilen bestehende Verordnung nicht getrennt, und jeder Theil an seine Stelle gereiht wurde, in dem Patente vom 25. October 1837 (228), von welchem nur der zweyte Artikel hierher, der erste aber, als eine wesentliche Erweiterung der Vorschrift des §. 52 daselbst hätte angereiht und nicht bloß citirt werden sollen.

Derselbe Fall tritt bey §. 60 mit dem Hofkanzleydecrete vom 10. October 1821 (301) ein, von dem nach dem klaren wörtlichen Inhalte seines Einganges nur die §§. 1 — 9 hier, die übrigen aber bey dem §. 77 aufzuführen, und nicht bloß an letzterer Stelle zu citiren gewesen wären.

Bey §. 78 wäre wenigstens eine bezugsweise Anführung der Gesetze, welche im Privatverhältnisse einem Menschen Gewalt über einen Andern geben, an ihrem Platze gewesen. Als solche erschei-

nen: der §. 165 St. G. II. Th., die §§. 91, 92, 105, 142, 145, 166, 169, 216, 217, a. b. G. B. die betreffenden Stellen der verschiedenen Gesindeordnungen, die Patente vom 1. September 1781 und 1. December 1784 in Betreff der Unterthanen, dann die Hofdecrete vom 31. August 1771 und 17. Juny 1783 über die geistliche Disciplinargewalt, endlich die mannigfachen Verordnungen für öffentliche und Privaterziehungsanstalten.

Was die bey §. 82 aufgeführten Verordnungen über die Anwendung der Pestgesetze auf die Cholera morbus betrifft, so hätten dieselben füglicher wegbleiben können, da sie als eine aus der Unbekanntheit mit der Natur dieser Krankheit entstandene vorübergehende Maßregel wohl nie wieder eine practische Wirksamkeit erlangen werden.

Beym §. 58 kömmt wieder die unterlassene Trennung einer Verordnung vor, indem der mit dem ersten gar nicht zusammenhängende zweyte Absatz des Hofdecretes vom 13. Juny 1817 (**361**) nicht hier, sondern bey einem der darin citirten Paragraphe, namentlich bey §. 45 hätte aufgeführt werden sollen.

Bey demselben 58. Paragraphe hätte unter der Aufschrift „Gefälls-Aufsichts-Individuen“ nicht das Hofdecret vom 21. May 1830 (**363**) angeführt werden sollen, indem es seinem wörtlichen Inhalte nach nicht die Frage über den Begriff eines Gefällsbeamten im Sinne des §. 85 beantwortet, sondern bloß von der, den beym Gefälle Angestellten nach §. 221 St. G. I. Thl. zukommenden Gerichtscompetenz handelt. Dagegen hätte der §. 4 der Vorerinnerungen zu dem Strafgesetze über Gefällsübertretungen aufgenommen werden sollen, indem dieser die in der neueren Gefällsgesetzgebung gegründete Norm darüber ist, wer in Gefällssachen als Beamter anzusehen sey, und als solche auch von dem Appellations-Decrete vom 20. December 1839 (**365**) ausdrücklich berufen wird.

Beym §. 89 gehört die Aufschrift: „Behandlung — des Beamten, der sich — thätige Beleidigungen erlaubt“ offenbar nicht hierher; eher könnte sie bey §. 85 Platz finden.

Bey §. 94 hätte der erste Absatz des Hofdecretes vom 3. December 1808 (**394**) um so eher ausgeschieden und zu §. 236 eingereiht werden sollen, als auch in dem der Auflage des Strafgesetzes

vom Jahre 1815 beygegebenen I. Anhange neuerer Verordnungen ꝛc. diese Trennung und Einrichtung an beyden Stellen geschehen ist.

Bey §. 107 b. hätte nach der von dem Hrn. Verfasser überall befolgten Methode, und wie es auch bey §. 155 I wirklich geschah, die Anordnung über die Behandlung geweihter Hostien als corpora delicti (Hofd. vom 11. September 1837. Z. 5028) berufen werden sollen, indem gerade bey diesem Verbrechen am ehesten eine Anwendung dieser Verordnung eintreten kann.

Bey §. 118 1) wäre es nicht unwesentlich gewesen, wie es bey §. 154 II b) rücksichtlich der Kirchendiebstähle geschah, die gesetzlichen Anordnungen zur Verhüthung des Giftmordes, des §. 115 u. ff. St. G. II. Thl. sammt den vielen darauf bezüglichen Gesetzen wenigstens anmerkungsweise citirt zu finden.

Bey §. 148 c dürfte die Berufung „Bestrafung u. s. w." wohl ganz unnütz seyn, weil in der citirten Verordnung nichts anderes steht, als daß eben der Absatz c des §. 148 hierüber die Bestimmung enthalte.

Bey §. 156 I ist die Stylisirung der auf S. 460 vorkommenden zweyten Berufung nicht ganz richtig, denn eine frühere Abstrafung wegen eines gleichen Vergehens macht nie einen Überweisungsumstand, sondern bewirkt nur, daß in einem solchen Falle zwey der gesetzlich bestimmten Umstände zur Überweisung des Beschuldigten hinreichen.

Eben daselbst bey II wäre es vielleicht zweckmäßiger gewesen, wenn die vier Puncte des Justiz-Hofdecretes vom 23. August 1815 (**447**) nicht hier zusammengestellt, sondern einzeln bey den darin citirten Paragraphen eingereiht worden wären.

Bey §. 161 würden die aufgenommenen Verordnungen systematisch richtiger in folgender Ordnung stehen: **458, 460, 459, 458 a.**

Bey §. 163 hätte das Hofdecret vom 1. August 1828 (**464**) auch getrennt, und jeder Theil an seinen klar bestimmten gesetzlichen Platz gewiesen werden sollen.

Bey §. 165 wäre außer den angezogenen auch noch die Verordnung über die Theilnahme an der Veruntreuung der Contributions-Gelder und Körner (Gub. Kdg. v. 7. July 1831, **458 a**) zu berufen gewesen.

Was den §. 176 betrifft, so bin ich zwar nicht derselben Ansicht, wie Hr. Professor Hye in seiner Abhandlung über die Verfassung von Sammlungen der nachträglichen Verordnungen zum Strafgesetze, welcher meint, daß hier der Compilator aus allen Zweigen der Civil- und politischen Gesetzgebung jene Verordnungen sammeln müsse, nach welchen gewisse Handlungen kein Betrug sind, indem es sich hierbey mehr um das Setzen einzelner Fälle und die Zusammenstellung der darauf bezüglichen Gesetze handeln würde, was gewiß nur die Aufgabe eines Commentars, nicht aber einer Compilation ist, um so mehr als es in solchen Fällen gewöhnlich nicht so sehr auf die Kenntniß, als auf die Auslegung von Gesetzen ankommt, welche den Criminalrichter nach seinen vorgeschriebenen Studien und Praxis ohnehin geläufig seyn sollen; doch hätte ich aber wenigstens in einer Beziehung eine ausführlichere Behandlung dieses Paragraphes gewünscht. Es ist nämlich durchgreifender Grundsatz der österreichischen Finanzgesetzgebung, daß eine an sich betrügerische Handlung nicht als Verbrechen anzusehen ist, wenn sie in der Absicht verübt wird, sich dadurch der Zahlung einer Steuer oder Abgabe zu entziehen. Die Zusammenstellung der hierauf bezüglichen Anordnungen aus der Zoll- und Staats-Monopols-Ordnung, dem Strafgesetze über Gefällsübertretungen, den verschiedenen Grund-, Häuser-, Erbsteuer-, Tax- und anderen ähnlichen Verordnungen, wäre von Wichtigkeit, und eine nicht übermäßig schwierige Aufgabe gewesen, deren Lösung um so wünschenswerther erscheint, als meines Wissens über diesen Punct nirgends etwas Umfassendes gesammelt ist. Daß der Hr. Verfasser aber diesen Punct nicht ganz außer Acht gelassen habe, beweist der Umstand, daß er einen wichtigen Folgesatz davon, über die Verfälschung des Urkundenstämpels beym §. 178 d S. 523 selbst aufgenommen hat.

Bey §. 178 a) wäre auch die schon in den Gerichtsordnungen gegründeten civilrechtlichen Folgen einer falschen Zeugenaussage anzuführen nicht unwesentlich gewesen, indem diese Bestimmungen auch auf das Criminalverfahren, z. B. in Bezug auf den Zuspruch des Schadenersatzes von wichtigem Einflusse sind.

Bey §. 278 d) wäre aus dem Hofkanzleydecret vom J. 1819 (498) der Punct a) auszuscheiden, und an die Spitze aller zu diesem Paragraphe gesammelten Verordnungen zu stellen gewesen, weil

er als specielle Ausnahme von der Vorschrift der §§. 1 und 176 St. G. I. Thl. von wesentlich entscheidendem Einflusse auf die gesammten Vorschriften über Verfälschung öffentlicher Urkunden ist.

Bey demselben Paragraphe zu dem S. 494 unter 2. aufgeführten Absatze über die Befunde der Taxamtsbeamten, fehlt der Text der citirten Verordnung, was wider das sonst von dem Hrn. Verfasser beobachtete System ist.

Eben da glaube ich auch, daß die Vorschriften über die Legalisirung der Urkunden sachgemäßer dem Absatze 22 (S. 507), wo von der Legalisirung überhaupt und unmittelbar die Rede ist, anzureihen gewesen wären, als daß sie erst bey Absatz 33 (S. 517), wo doch nur von einer Art der öffentlichen Urkunden gehandelt wird, aufgenommen worden sind.

In der bey §. 180 a) auf S. 528 vorkommenden Berufung wegen des Verbreitens falscher Banknoten, hätten auch die Anticipations- und Einlösungsscheine, sammt den betreffenden Verordnungen aufgenommen werden sollen.

Bey §. 199 hätten die Vorschriften über die Belohnungen für Einbringung der Deserteure, als ein die Criminaljustiz gar nicht berührender Gegenstand füglich wegbleiben können.

Eben daselbst wäre unter den „gesetzlichen Bestimmungen über den Verkauf ärarischer Montursorten“ — wenn diese überhaupt unmittelbar auf das Strafrecht Bezug haben — auch noch das Hofkanzleydecret vom 5. December 1800, als allgemein gültiges Ge- Gesetz aufzunehmen gewesen.

Bey §. 200 könnte das Hofkanzleydecret vom 4. Jänner 1813 (579) als die Civilstrafe gar nicht berührend wegbleiben.

Die bey §. 204 (S. 568) berufenen und aufgeführten Verordnungen (586, 587) in Betreff der entlassenen Sträflinge, dürften in dem zweyten Abschnitte, insbesondere bey §. 455 einen weit system- und sachgemäßeren Platz finden.

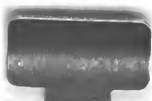
Dieses wären die wenigen Bemerkungen, die ich über einige Stellen des vorliegenden Werkes zu machen habe, ohne daß ich deswegen meine Ansicht, gegen diejenige, welche den Hrn. Verfasser bey diesen Puncten geleitet haben mag, geradezu als die richtigere geltend machen will.

Was endlich die äußere Ausstattung dieses Handbuches betrifft,

so macht sie der Verlagshandlung sowohl, als der Strauß'schen Druckerey volle Ehre, und es mag noch bemerkt werden, daß die so consequent durchgeführte Abwechslung in den verschiedenen angewendeten Schriftgattungen zur leichteren Übersicht des systematischen Zusammenhanges des Ganzen wesentlich beyträgt. Die mitunter vorkommenden Druckfehler werden wohl am Schlusse des Werkes angezeigt werden. Der Preis ist für das Gebothene mäßig.

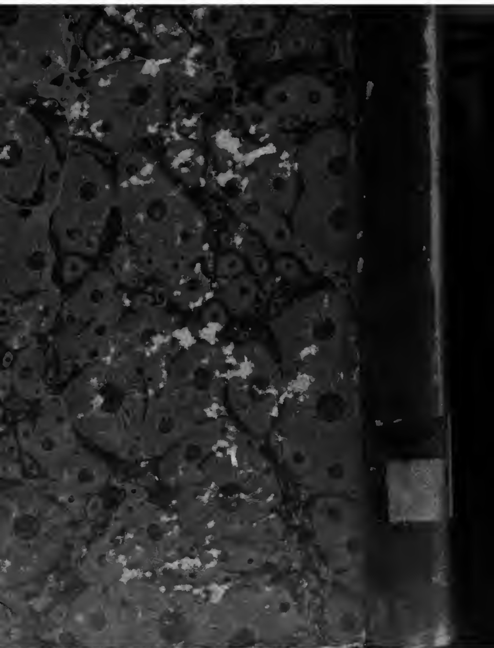
So schließe ich mit dem Wunsche, dieses mit so vielen und eigenthümlichen Vorzügen ausgestattete Werk, welches seiner ungemeinen theoretischen und practischen Brauchbarkeit wegen auf dem Berathungstische keines Criminalgerichtes, in der Bibliothek keines Juristen fehlen sollte, möge bald eine recht weite Bekanntwerdung und Verbreitung finden, wozu mir jeder, dem die möglichste Vollständigkeit der Kenntniß unseres Strafgesetzes in Lehre und Ausübung am Herzen liegt, wenn er diesem Buche nur einige Aufmerksamkeit geschenkt hat, gewiß beystimmen wird.








5112 102 756 675




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 756 675